Die Rechtsstellung des Nießbrauchsausübungsberechtigten nach deutschem bürgerlichen Recht

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

DER JURISTISCHEN FAKULTÄT

DER PHILIPPS-UNIVERSITÄT

ZU MARBURG

vorgelegt von

HANS-EGON DREYER.

BERLIN 1928

Werner Pasewaldt

Akad. Buchhandlung

Als Dissertation von
der Juristischen Fakultät
angenommen am 18. 7. 1927

Berichterstatter:
Geheimer Justizrat Universitäts-Professor
Dr. jur. Alfred Manigk

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis.

EINLEITUNG.

§ 1. 1. Wer iſt Nießbrauchsausübungsberechtigter im Sinne dieſer Arbeit? 1

a. Der rechtsgeſchäftliche Erwerber.

b. Der Erwerber kraft Pfändung und Überweiſung.

§ 2. 2. Aufgabe und Plan. 4

A. ALLGEMEINER TEIL.

Das Nießbrauchsausübungsrecht.

I. Abſchnitt.

Die Wurzeln des geltenden Rechts.

§ 3. 1. Kapitel. Gemeines Recht. 7

§ 4. 2. Kapitel. Preußiſches Recht. 12

§ 5. 3. Kapitel. Die Materialien zum Bürgerlichen Geſetzbuch 16

II. Abſchnitt.

Das geltende Recht.

§ 6. 1. Kapitel. Kurze Darſtellung der Auffaſſungen aus Theorie und Praxis ſowie die Ergebniſſe der Rechtstatſachenforſchung 23

2. Kapitel. Grundlegende Unterſuchung.

§ 7. a. Rechtsausübung und ‚Recht auf Ausübung' im geltenden Recht. 31

§ 8. b. Möglichkeiten der Überlaſſung der Ausübung im allgemeinen. 38

aa. Belaſtungen. bb. Obligatoriſche Geſchäfe. cc. Das Überlaſſungsgeſchäft.

3. Kapitel. Ausbau der Unterſuchung durch Prüfung der Meinungen des Schrifttums.

§ 9. a. Die Lehre Kohlers. 44

§ 10. b. Die Auffaſſungen von Eccius, Kretzſchmar ſowie die übrigen Meinungen aus dem Schrifttum. 45

aa. Die Argumentation von Eccius. bb. Die Anſicht Kretzſchmars. cc. Sonſtige Anſchauungen.

§ 11. 4. Kapitel. Ausbau der Unterſuchung durch Prüfung der Stellungnahme der Rechtſprechung 56

§ 12. 5. Kapitel. Ergebnis. 60

B. BESONDERER TEIL.

Die Rechtsstellung des Nießbrauchsausübungsberechtigten im einzelnen.

I. Abschnitt.

Die Rechtsstellung desjenigen, der zur Ausübung eines Nießbrauchs an einem Grundstück berechtigt ist.

1. Kapitel. Die Rechtsstellung im Zusammenhang mit der Entstehung des Rechtes.

§ 13. a. Rechtsgeschäftliche Entstehung. 63
aa. Das jeweilige Grundgeschäft. bb. Die Überlassung: Erfüllung des Grundgeschäfts. cc. Übertragung von Einzelrechten. dd. Anfechtung. ee. Unwirksamkeit des Kaufgeschäftes und daraus resultierende Ansprüche. ff. Keine Eintragung.

§ 14. b. Entstehung durch Staatsakt. 70
aa. Form der Pfändung. bb. Verfügungsverbot.
cc. Eintragung des Verfügungsverbotes.

§ 15. 2. Kapitel. Befugnisse und Pflichten des Ausübenden. 75
a. Hauptbefugnisse. b. Besondere Befugnisse.
c. Rechtsbehelfe zum Schutz der Ausübung.
aa. Besitzschutz. bb. Schadenersatzansprüche.
d. Pflichten. aa. Gegenüber dem Nießbraucher.
bb. Gegenüber dem Eigentümer.
e. Befugnisse und Pflichten des auf Grund einer Pfändung und Überweisung zur Ausübung Berechtigen.

§ 16. 3. Kapitel. Beendigung des Ausübungsrechtes. 84
a. Beendigungsgründe aus dem Kaufgeschäft.
b. Beendigungsgründe aus dem Nießbrauch.
aa. Tod des Nießbrauchers.
bb. Verzicht.
1. Untergang des rechtgeschäftlich erworbenen Ausübungsrechtes.
2. Ersatzansprüche.
3. Die Bedeutung des Verzichts für das Recht des auf Grund einer Pfändung Ausübenden.

II. Abſchnitt.
Die Rechtsſtellung desjenigen, der zur Ausübung eines Nießbrauchs an beweglichen Sachen berechtigt iſt. 94
III. Abſchnitt.
Die Rechtsſtellung desjenigen, der zur Ausübung eines Nießbrauchs an einer Hypothek berechtigt iſt.
§ 18. 1. Kapitel. Die Rechsſtellung im Zuſammenhang mit der Entſtehung des Rechtes. 95
a. Rechtsgeſchäftliche Entſtehung. aa. Überlaſſung
bb. Übertragung des Zinsrechtes.
b. Entſtehung durch Staatsakt.
§ 19. 2. Kapitel. Befugniſſe und Pflichten.
Beendigung des Ausübungsrechtes.
IV. Abſchnitt.
§ 20. Die Rechtsſtellung desjenigen, der zur Ausübung eines Nießbrauchs an ſonſtigen Rechten oder an einem Vermögen berechtigt iſt. 103
§ 21. Schlußbetrachtung 107

O-O-O

Literatur-Verzeichnis.

A. KOMMENTARE.

I. Zum Bürgerlichen Geſetzbuch.
Kommentar zum BGB und ſeinen Nebengeſetzen: Oertmann, Allgemeiner Teil 2. Aufl. 1908. Schuldverhältniſſe 3.-4. A. 1910 Biermann, Sachenrecht 3. Aufl. 1914.
Kommentar zum BGB: Hölder, Allgemeiner Teil 1909. Roſenberg, Sachenrecht 1919.
Fuchs, Sachenrecht 1902. Kretzſchmar, Sachenrecht 1906.
Planck, Sachenrecht 4. A. 1920. Reichsgerichtsräte 5. Aufl. 1923.
Sörgel, 3. Aufl. 1926.
v. Staudinger, Allgemeiner Teil 9. Aufl. 1926. Schuldverhältniſſe 7.-8. Aufl. 1912. Sachenrecht 9. Aufl. 1926.
Warneyer 1923.

Handausgaben: Achilles-Greiff 11.Aufl.'23. Fischer-Henle 13. Aufl. '25. Neumann 6. Aufl. '12.

II. Zur Zivilprozeßordnung:
Förster-Kann 3.Aufl. 1.Band '23, 2.Band '26
Stein Band II 13.Aufl. '26.

III. Zur Grundbuchordnung: Achilles-Strecker '01.
Güthe 4. A. 1.Bd.'23, 2.Bd. '25. Predari 2.Aufl. '13

IV. Zur Konkursordnung: Jäger 5. Aufl. '16

V. Zum Handelsgesetzbuch: Staub's Kommentar, bearbeitet von Koenige, Pinner, Bondi 12.-13. Aufl. '26

B. SYSTEMATISCHE DARSTELLUNGEN, LEHRBÜCHER.

I. Zum Bürgerlichen Recht.
Biermann, Sachenrecht. '08. Cosack-Mitteis 7.-8.Aufl. '24
Crome '05. Dernburg 4.A. '08. Endemann 8.-9.A. '05
Enneccerus-Kipp-Wolff: Enneccerus, Allgemeiner Teil 25.-29.A. '26, Schuldverhältnisse 25.-27.A. '27. Wolff, Sachenrecht 22.-26.A.27.
Goldmann-Lilienthal 3.A. '12. Kohler, Sachenrecht. '19
Lehmann, Allg.Teil 2.A. '22. Maenner, Sachenrecht 2.A. '06
von Tuhr, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. '26
Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht. 3.A. '06
Siméon-David, Recht und Rechtsgang 12.-13.Aufl.'23-24
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts 9.A. '06
Hedemann, Sachenrecht '24

II. Außerhalb des Bürgerlichen Rechts.
Arndts v. Arnesberg, Lehrbuch der Pandekten 14. A. '89
Dernburg, Pandekten 7.Aufl. '02
Dernburg, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts '60
Vangerow, Lehrbuch der Pandekten 7.Aufl. '76
Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht 4.Aufl. '09
Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts 2.Aufl. '08
Puchta, Vorlesungen über das heutige römische Recht 4.A.'54-55

C. MONOGRAPHIEEN.

Arndts v.Arnesberg, Gesammelte civilistische Schriften '75
Delbrück, Die Übernahme fremder Schulden '53
Eltzbacher, Die Handlungsfähigkeit, 1. Band: Das rechtswirksame Verhalten '03
Emmerich, Pfandrechtskonkurrenzen '09
v.Gierke, D. Bedeutung d. Fahrnisbesitzes f. streitiges Recht '97
Hirsch, Die Übertragung der Rechtsausübung '10
Kohler, Pfandrechtliche Forschungen '82
Manigk, Gläubigerbefriedigung durch Nutzung '10
Nußbaum, Das Nießbrauchsrecht des BGB unter den Gesichtspunkten der Rechtstatsachenforschung '19
Raape, Das gesetzliche Veräußerungsverbot '08
Schilde, Unrichtigkeit des Grundbuchs '99.
Schuppe, Der Begriff des subjektiven Rechts '87
Siber, Buchrechtsgeschäft '09
Windscheid, Die actio des römischen Zivilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts '56
Mittag, Die Rechtsstellung desjenigen, dem der Nießbraucher die Ausübung überlassen hat. Erlanger Diss. '99
Siebeneicher, Die Rechtsstellung desjenigen, dem der Nießbraucher die Ausübung überlassen hat. Erlanger Diss. '97

D. AUFSÄTZE.

Bähr, Zur Zessionslehre JheringsJ 1, 351
v. Blume, Die Übertragung des Nießbrauchs " 34, 281
Brinz, Kritische Blätter zivilrechtlichen Inhalts 1852 2. 1
du Chesne, Wann begründet das Nichteingetragensein einer Verfügungsbeschränkung die Unrichtigkeit des Grundbuchs? ZBlFG 12, 602
Dernburg der Ältere, Kann ein Ususfructus übertragen tragen werden? Lindes Zeitschrift n.F. 2, 53
Eccius, Überlassung unveräußerlicher Rechte Gruch 50, 503
Haase, Zur Lehre von der Übertragung des Nießbrauchsrechts JheringsJ 36, 249
Heinsheimer (Kritik zu Hirsch a.a.O.) KrVJSchr 49, 467
Herold, Die Ausübung des Aktienbezugsrechtes bei einer Verpfändung u. Sicherungsübereignung d. Aktien Gruch 65, 385
Kohler, Verfügungsnutznießung, Verfügungsgemeinschaft und Gesamthandsgut ArchZivPrax 107, 258

Kretzschmar, Überlassung der Ausübung des Nießbrauchs LZ 1914, 992
" Überlassung der Nießbrauchsausübg. Gruch 65, 432
" (Kritik zu Nußbaum a.a.O.) SächsArch 15, 179
" Abtretung der laufenden und künftigen Zinsen einer Hypothek LZ 1915, 113
Krückmann, Beschränkter Rechtserwerb oder qualitative Teilung nach römischem Recht ArchZivPrax 103, 139
ders. Unmöglichkeit u. Unmöglichkeitsprozess ebend. 101, 164
Oertmann, Das Problem der relativen Rechtszuständigkeit JheringsJ 66, 143
Ramdohr, Das Rechtsprinzip zum Schutz mangelhafter menschlicher Erkenntnisfähigkeit Gruch 44, 363
Reinhard (Kritik zu Nußbaum a.a.O.) JW 12, 506
Staffel, Erörterung über Grundbuchberichtigung im künftigen Recht SächsArch 9, 212
Strohal, Über relative Unwirksamkeit, in Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allg. BGB Band 2, 789
Westheimer, Die Übertragbarkeit und Pfändbarkeit des Hypothekenzinsrechtes JW 12, 506
Th. Wolff, Die rechtliche Natur des Aktienbezugsrechtes LZ 1921, 697, 729
Zeiler, Der Verfügungsnießbrauch als Form der Sicherungsübereignung DJZ 1922, 558
Zschaler, Abtretung der Zinsen und des Zinsrechtes von der Hypothekenforderung LZ 1920, 284

E. SAMMLUNGEN VON ENTSCHEIDUNGEN, ZEITSCHRIFTEN, SONSTIGES.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen RGZiv
Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts KGJ
Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts JEFrG
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte OLGE; Das Recht; Juristische Wochenschrift JW; Deutsche Juristenzeitung DJZ; Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht LZ
Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit, Notariat und Zwangsversteigerung ZBlFG
Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen, Ergänzungsband enthaltend die Rechtsprechung des Reichsgerichts Warn
Mugdan, Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts Gruch

EINLEITUNG.

§ 1. 1. Wer iſt Nießbrauchsausübungsberechtigter im Sinne dieſer Arbeit?

Die Aufgabe der vorliegenden Arbeit iſt die Prüfung und Klarſtellung der Rechtspoſition derjenigen Rechtsſubjekte, die, ohne ſelbſt Nießbraucher zu ſein, zur Ausübung eines Nießbrauchs berechtigt ſind. Im Mittelpunkt der Unterſuchung wird alſo der Nießbrauchsausübungsberechtigte ſtehen, und es erſcheint angebracht, gleich an erſter Stelle eine Vorſtellung darüber zu gewinnen, wer Nießbrauchsausübungsberechtigter iſt, auf weſſen Rechtsſtellung ſich demnach unſere Darſtellung zu erſtrecken hat.

Der Nießbrauch iſt durch § 1059 Satz 1 BGB für unübertragbar erklärt. Dieſe Beſtimmuug iſt eindeutig und ſtellt unbeſtreitbar feſt, daß ein Nießbraucher nicht in der Lage iſt, durch Abtretung ſeines Rechts einen anderen an ſeiner Stelle zum Nießbraucher zu machen. Um ihm nun nicht jede Möglichkeit der Ausnützung ſeines Rechtes durch einen anderen zu nehmen, hat das Geſetz im Satz 2 desſelben Paragraphen beſtimmt, daß die Überlaſſung der Ausübung des Nießbrauchs ſtatthaft ſein ſoll. Wir haben damit die Rechtsnorm vor uns, auf Grund deren ein Nießbrauchsausübungsrecht rechtsgeſchäftlich geſchaffen werden kann, deſſen Rechtsträger dann der Nießbrauchsausübungsberechtigte im Sinne unſerer Arbeit iſt (1).

---

(1) Eine Verpfändung des Nießbrauchs ist wie die Bestellung eines Nießbrauchs am Nießbrauch ausgeschlossen (§§1076 II, 1069 II) Zwar ist es angängig gemäß § 1059 Satz 2 die Ausübung zu Pfandrechts oder Nießbrauchszwecken (zu letzterem s. Wolff SachR § 120 Anm. 3) zu überlassen; damit werden aber dem Inhalt nach gleiche Rechte geschaffen wie sie durch Überlassung der Ausübung entstehen und die sich nur in ihren Zwecken von einander unterscheiden (z. B. Sicherung einer Forderung oder Tilgung derselben). Der jeweilige Rechtserwerber ist Nießbrauchsausübungsberechtigter; vgl. dazu Staudinger § 1069 II,1,d.

Diesem Falle der rechtsgeschäftlichen Überlassung gemäß § 1059 Satz 2 BGB ist ein weiterer nicht auf Rechtsgeschäft beruhender an die Seite zu stellen, in dem gleichfalls jemand Ausübungsberechtigter werden kann; es ist der Fall der Pfändung des Nießbrauchs der Ausübung nach gemäß § 857 III ZPO mit anschließender Überweisung (§ 835 ZPO). Für die Pfändung eines unübertragbaren Rechtes, also auch des Nießbrauchs trifft § 857 III ZPO die Bestimmung, daß diese insoweit zulässig sein soll, als die Ausübung einem anderen überlassen werden kann. Hierin kommt zum Ausdruck, daß maßgebend für das Wesen des Pfandrechtes das im materiellen, d.h. bürgerlichen Recht geregelte Wesen des Ausübungsrechtes sein soll. („Ein unveräußerliches Recht ist der Pfändung insoweit unterworfen als die Ausübung überlassen werden kann"). Art und Inhalt des Pfandrechtes nach § 857 III ZPO sind von Art und Inhalt des Rechtes abhängig gemacht, das durch die Überlassung der Ausübung erworben wird. Das Gesetz ist mit anderen Worten dahin zu verstehen, daß es dem Wesen des Pfandrechtes eine Maßgabe hinzufügen will, die es in seinem rechtlichen Gehalt auf den Stand des Ausübungsrechtes bringen soll. Derjenige, dem auf Grund einer derartigen Pfändung des Nießbrauchs das damit geschaffene Recht überwiesen wird, hätte demnach das gleiche Recht, das eine Überlassung gemäß § 1059 Satz 2 gewährt (2); er wäre ebenfalls Nießbrauchsausübungsberechtigter.

Die Auffassung, daß der Absatz 3 des § 857 ZPO zu lesen sei: „ ein unveräußerliches Recht ist der Pfändung insoweit unterworfen als die Ausübung überlassen werden kann", und die Folgerung hieraus, daß im § 857 III ZPO lediglich der Kreis der durch das Gesetz schlechthin für pfändbar erklärten Rechte bezeichnet werden

(2) so RGZiv 56,390: „Nicht anders" - als die Stellung eines gemäß § 1059 Satz 2 BGB Ausübungsberechtigten - „kann die Stellung des Beklagten sein, der auf Grund der Pfändung und Überweisung in den Rechten des L"- des Nießbrauchers-„steht".

ſoll (3), iſt weder geboten noch auch nur haltbar, erſcheint vielmehr als eine Verkehrung des ſprachlich klar gefaßten Sinnes. Um eine derartige Interpretation zu rechtfertigen, hätte es heißen müſſen: ein unveräußerliches Recht iſt der Pfändung unterworfen, w e n n die Ausübung einem anderen überlaſſen werden kann (4).

Auch ſonſt läßt ſich aus § 857 III ZPO für das Weſen des Rechtes, das demjenigen erwächſt, zu deſſen Gunſten ein unübertragbares Recht ſeiner Ausübung nach gepfändet wird, nicht mehr entnehmen, als daß das Pfandrecht den Charakter und die rechtliche Qualität des jeweils möglichen Ausübungsrechtes erhalten ſoll. Insbeſondere vermögen wir uns nicht der Anſicht von Eccius (5) anzuſchließen, der annimmt, daß § 857 III ZPO aus ſich heraus Inhalt und Tragweite des Pfandrechts regeln will und der behauptet, daß es klar ſei: „daß das Geſetz hier ein am Nießbrauch bezüglich der Ausübung entſtehendes Pfandrecht in Ausſicht nimmt". Abgeſehen davon, daß die Regelung, ſo wie ſie Eccius als ſich klar aus § 857 III ZPO ergebend anſieht, ihrerſeits höchſt unklar iſt, erſcheint uns ſeine Auffaſſung auch ſonſt unhaltbar. Einmal ſpricht der Wortlaut deutlich genug dafür, daß hier keine ſelbſtändige Regelung des Weſens des Pfandrechtes getroffen iſt, ſondern daß es abhängig gemacht iſt von dem Grad, in dem eine anderswo geregelte Überlaſſung der Ausübung möglich iſt. Weiter aber iſt es nicht angängig, in einer Norm formellen Rechts eine ſelbſtändige Regelung des Inhaltes eines Rechts zu ſuchen, die ſchon im allgemeinen und im § 857 III ZPO noch ausdrücklich dem materiellen Recht vorbehalten iſt. § 857 III ZPO, als eine Beſtimmung des Verfahrensrechtes, ſoll allein den Zweck

(3) das RG hält dieſe Auffaſſung für mit dem Geſetz ‚vereinbar'(!), ohne ſie jedoch zu der ſeinigen zu machen: RGZiv 74,84.

(4) Stein ZPO § 857 II,4 und Förſter-Kann § 857 5r nehmen ein Pfandrecht am Nießbrauch ſelbſt an; jedoch ohne Anhalt. Vergl. endlich Hirſch, Übertragung S. 304.

(5) Gruch 50, 505.

haben, der Zwangsvollſtreckung in ein unübertragbares Recht den Weg zu öffnen, ohne daß das Geſetz über das Weſen der Pfändung etwas beſtimmt (6).

Es iſt deshalb feſtzuhalten, daß der Pfändungspfandgläubiger eines nur der Ausübung nach pfändbaren und gepfändeten Rechts nicht ein Pfandrecht am Recht ſelbſt erwirbt, ſondern nach Überweiſung wie ein Ausübungsberechtigter daſteht, insbeſondere im Falle der Pfändung eines Nießbrauchs der Ausübung nach wie ein Nießbrauchsausübungsberechtigter nach bürgerlichem Recht (§ 1059 Satz 2 BGB) (7).

Wir haben ſomit neben dem Fall der rechtsgeſchäftlichen Begründung eines Nießbrauchsausübungsrechtes als weiteren Fall den feſtſtellen können, wo jemand durch Staatsakt die Rechtsſtellung eines Nießbrauchsausübungsberechtigten gewinnt. Hieraus ergibt ſich für uns, daß wir auch die Rechtsſtellung des Pfändungspfandgläubigers eines der Ausübung nach gepfändeten und überwieſenen Nießbrauchs in unſere Unterſuchung der Rechtsſtellung des Nießbrauchsausübungsberechtigten nach bürgerlichem Recht einzubeziehen haben. Die Norm für die Entſtehung dieſes Ausübungsrechtes ſteht in der Zivilprozeßordnung, aber die Beſtimmung, die den Inhalt desſelben angibt, befindet ſich im bürgerlichen Recht; und deshalb liegt es im Rahmen unſerer Betrachtungen.

§ 2. 2. Aufgabe und Plan.

Nachdem ſo eine Vorſtellung darüber gewonnen iſt, mit wem wir es als Nießbrauchsausübungsberechtigten zu tun haben, in welchen Fällen Nießbrauchsausübungsrecht und berechtigter vorkommen, iſt es an der Zeit, die Aufgabe, vor die uns vorliegende Arbeit ſtellt, eingehender zu charakteriſieren.

(6) Planck § 1059, 3; vgl. auch KGJ 48, 212.
(7) Vgl. Wolff SachR § 118 Anm. 1.

Wir haben die Rechtsſtellung desjenigen, den wir ſoeben als Nießbrauchsausübungsberechtigten gekennzeichnet haben, zu unterſuchen, und zwar dem Sinne der Arbeit gemäß in umfaſſender und, ſo weit wie möglich, erſchöpfender Weiſe. Nicht ein einzelner Fall iſt Gegenſtand der Unterſuchung, ſondern die Rechtsſtellung des Nießbrauchsausübungsberechtigten in allen den Rechtsverkehr überhaupt intereſſierenden Verhältniſſen. Von der Entſtehung ſeines Rechtes an, während der Dauer desſelben bis zum Erlöſchen haben wir ſeine Rechtsſtellung zu verfolgen und darzuſtellen, um ein recht vollkommenes Bild von ihr zu gewinnen. Dabei ſind die Befugniſſe und Pflichten des Nießbrauchsausübungsberechtigten zu prüfen, und zwar ſowohl ihrem Inhalt nach wie in ihrer Richtung. Ihrem Inhalt nach, weil es ſich fragt, wie ſeine Rechte und Pflichten beſchaffen ſind, ob ſie ihm eine freie, feſte, unabhängige Stellung geben, oder ob ſie ſeine Poſition ſchwach, gefährdet und abhängig von dem Willen anderer erſcheinen laſſen. In ihrer Richtung, weil es intereſſiert, gegen wen er als ſolcher überhaupt Befugniſſe und Pflichten hat, wobei der Nießbraucher, von dem der Ausübungsberechtigte ſein Recht herleitet, der Rechtsträger des mit dem Nießbrauche belaſteten Gegenſtandes und ſchließlich der außerhalb Stehende in den Kreis der Betrachtungen einzubeziehen ſind.

Wenn wir nun die Rechtsſtellung des Nießbrauchsausübungsberechtigten in den angegebenen Richtungen unterſuchen wollen, ſo iſt hierfür entſcheidend, welchen Charakter ſein Recht hat, wobei es insbeſondere darauf ankommt, ob dasſelbe den dinglichen oder den obligatoriſchen Rechten zuzuordnen iſt. Das leuchtet ohne weiteres ein. Schon bei der Frage der Beſtellungsform einer Überlaſſung eines Grundſtücksnießbrauchs zeigt ſich die fundamentale Bedeutung des Unterſchiedes (1). Ohne die Kenntnis des Weſens

(1) Einigung und Eintragung: § 873 oder formloses Verpflichtungsgeſchäft.

des Nießbrauchsausübungsrechtes ist es ein müßiges und nutzloses Unterfangen, Befugnisse und Pflichten in den Einzelverhältnissen der Ausübung festzustellen. Stets ist die Rechtsposition eines Rechtsträgers im konkreten Falle von dem Charakter seines Rechtes bedingt. Immer ist das Recht der Ausgangspunkt und liegt bei der Natur des Rechtes die Lösung. Ohne dessen Kenntnis ist keine Stellungnahme dazu möglich, ob er im einzelnen Falle Rechte oder Pflichten, eine sichere oder gefährdete Rechtsposition hat. Man denke nur an die Stellung des Ausübungsberechtigten eines an einem Grundstücke bestehenden Nießbrauchs (der häufigste Fall) beim Verzicht des Nießbrauchers auf sein Recht. Ist das Ausübungsrecht als dingliches Recht am Nießbrauch aufzufassen, so wird der Verzicht den Ausübungsberechtigten ohne seinen Willen nicht um sein Recht bringen können (§ 876 BGB), ist das Ausübungsrecht dagegen obligatorisch, so wird es mit dem Verzicht gegenstandslos werden, und der Ausübungsberechtigte auf unsichere persönliche Ansprüche (§§ 276, 325, 826 BGB) angewiesen bleiben.

Aus diesen Erwägungen ergibt sich mit natürlicher Notwendigkeit die Richtlinie, in der unsere Arbeit versuchen muß, das einleitend gesteckte Ziel zu erreichen. In einer umfassenden Prüfung ist das Wesen des Rechtes festzustellen, das dem Nießbrauchsausübungsberechtigten zusteht. Hier heißt es, die Grundlage zu schaffen, um anschließend seine Rechtsstellung in allen einzelnen Möglichkeiten erörtern zu können. Die Kenntnis des rechtlichen Charakters des Ausübungsrechtes wird uns die beste Handhabe sein zur Beurteilung seiner Rechtsposition in den einzelnen vielfältigen Lagen und rechtlichen Beziehungen, in die er kommen kann.

Unsere Arbeit wird demnach zwei Hauptteile umfassen: einen allgemeinen Teil, enthaltend eine von allen einzelnen Verhältnissen möglichst absehende Untersuchung

der Rechtsnatur des Nießbrauchsausübungsrechtes, einen beſonderen Teil, enthaltend die Prüfung der Rechtsſtellung des Nießbrauchsausübungsberechtigten im einzelnen.

A. ALLGEMEINER TEIL.

Das Nießbrauchsausübungsrecht.

I. Abſchnitt.

Die Wurzeln des geltenden Rechts.

§ 3. 1. Kapitel.

Gemeines Recht.

Das Nießbrauchsausübungsrecht iſt nicht urſprünglich vom geltenden Recht geſchaffen worden. Vielmehr gab es in den Rechtsordnungen früherer Zeiten (im Römiſchen Recht, im Gemeinen Recht, im Allgemeinen Landrecht) ähnliche Sätze, die der Geſetzgeber bei Redaktion des Bürgerlichen Geſetzbuches vorfand und auf ihren Gehalt und Wert zu prüfen hatte, um zu erkennen, inwieweit eine Übernahme, Abänderung oder Ablehnung der alten Rechtsauffaſſungen geboten war (1).

Wenn nun das bürgerliche Recht eindeutig Stellung genommen hätte und ſeine Anſicht gegenüber früheren Rechtsanſchauungen klar zu erkennen wäre, ſo würde es genügen, wenn man zur Erörterung des Nießbrauchsausübungsrechtes nach deutſchem bürgerlichen Recht lediglich auf dem Boden eben des bürgerlichen Rechtes deſſen Auffaſſung unterſuchen und darſtellen würde. Ein Rückblick in vergangene Rechtsmeinungen erſchiene in

(1) Genaueres über die Stellungnahme der Kodifikationen innerhalb und außerhalb Deutſchlands bieten die Motive zu § 1011, Mugdan Materialien SachR (3. Band) Seite 293 zu § 1011.

diesem Fall als eine überflüssige, für den Fortgang der Arbeit nichts versprechende historische Abhandlung. Die Dinge liegen jedoch anders. Das bürgerliche Gesetz ist mit seiner Regelung des Nießbrauchsausübungsrechtes nicht klar verfahren und läßt sich nicht, wie es wünschenswert wäre, ohne weiteres aus sich heraus interpretieren. Man kann die Bestimmung des BGB über das Nießbrauchsausübungsrecht zutreffend als eine der „noch am wenigsten geklärten Vorschriften des Sachenrechtes und wohl des ganzen bürgerlichen Rechts überhaupt"(2) kennzeichnen. So hat das bürgerliche Recht viele Deutungen zugelassen und auch gefunden. Dabei ist man gerade in neuerer Zeit dazu gekommen, gemeinrechtliche (römische) Ideengänge heranzuziehen. Das alles: die Unmöglichkeit, die vorliegende Aufgabe allein aus dem BGB heraus zu lösen, vor allem die vielfachen Versuche von Vertretern der Wissenschaft, mit Hilfe gemeinrechtlicher Gedankengänge eine Lösung zu finden(3), nötigen uns, auch die Stellung des früheren Rechts zu unserer Frage zu prüfen.

Das Rechtsinstitut der Überlassung des Nießbrauchs der Ausübung nach geht in frühe Zeiten zurück. Es ist eine Folge des Satzes von der höchstpersönlichen Natur (4) und Unübertragbarkeit (5) des Nießbrauchsrechts, den schon das ältere römische Recht in strenger Weise (6) anerkannt hatte. Das hochentwickelte Wirtschaftsleben der römischen Kaiserzeit, vor allem die Kreditnot jener Epoche

(2) Kretzschmar in seiner fördernden Untersuchung des Wesens des Ausübungsrechtes. Gruch 65, 432.
(3) Eccius, Gruch 50, 503; Kretzschmar a.a.O.
(4) l.3 § 3 D. quibus modis usufructus 7, 4 „personae cohaeret".
(5) § 3 J. de usufructu 2,4 „cedendo extraneo agiturnihil"!
(6) so ging nach frühem römischen Recht der Nießbrauch durch jede capitis diminutio, also auch durch die capitis diminutio minima unter, eine Auffassung, die erst Justinian dahin milderte, daß diese Foge nur bei der cap. dim. maxima und media eintreten solle; vergl. l.16 § 2 und 3 C. de usufructu 3, 33. Vergl. weiter Dernburg, Pandekten Bd. I § 246.

konnte ein derart reiches Recht, wie es der Nießbrauch ist, nicht streng an eine Person gebunden und für den Kreditverkehr ungenützt lassen. Vielmehr galt es, in dem Nießbrauch ein Pfandobjekt zu gewinnen (7). Diese wirtschaftliche Notwendigkeit führte nun zwar nicht dazu, die aus der höchstpersönlichen Natur folgende Unübertragbarkeit aufzuheben, aber sie zwang doch zur Schaffung einer Ersatzform für die Übertragung des Rechtes, nämlich zur Anerkennung der Überlassung der Ausübung des Nießbrauchs (8). Damit wurde ein Mittel gefunden, das dem Nießbraucher gestattete, wenn auch nicht in der Form der Übertragung, so doch in der der Überlassung der Ausübung die vielgestaltigen Vorteile seines Rechtes anderen zur eignen Nutzung zukommen zu lassen, womit ihm, dem Nießbraucher, selbst nur gedient war. Wir haben hier die Ursache für die Schaffung des Ausübungsrechtes vor uns und stehen historisch gleichsam an der Wurzel desselben.

Die einmal geschaffene Zulässigkeit der Überlassung des Nießbrauchs wurde vom römischen Recht bis in die jüngste Zeit beibehalten und befestigt. Bedeutsam ist hierbei die Tatsache, daß sich das überlassene Ausübungsrecht allmählich zu einem mit dinglichem Schutz ausgestatteten Recht entwickelte, als welches es auch im Gemeinen Recht (9) anerkannt wurde. Diese Anschauung von der dinglichen Natur des Ausübungsrechts führt zurück auf die spätrömische Auffassung von der Zession als einer Übertragung des Forderungsrechtes der Ausübung nach. Wurde in den Fällen der Forderungszession der Ausübung nach dem formal forderungsberechtigt Bleibenden die Möglichkeit genommen, über das Recht des Ausübungsberechtigten eine zerstörende Verfügung zu treffen, so sollte es entsprechend

(7) l. 11 § 2 D. de pign. 20,1.
(8) l. 12 § 2 l. 38-40 D. de usufructu 7 1.
(9) Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechtes Bd. I § 205 vor allem Anm. 4, Haase, Jheringsd 36, 249; RGZiv 16, 110.

auch bei der Übertragung der Ausübung des Nießbrauchs ſein(10). Allerdings ſollte trotz der Abtretung der Ausübung des Nießbrauchs das Recht an der Perſon des urſprünglichen Inhabers geknüpft bleiben. So erloſch mit dem Tode des Nießbrauchers auch das Ausübungsrecht (11). Aber der Zedent der Ausübung gab durch die Zeſſion das Recht auf, dem Nießbrauch ohne Einwilligung des Zeſſionars zu entſagen (12). Der Nießbrauchsausübungsberechtigte ſollte, ebenſo wie der Zeſſionar einer Forderung urſprünglich geſtellt war, nicht nur einen perſönlichen Anſpruch, ſondern ein mit dinglichem Schutz geſichertes Recht erhalten, das er gegen Eigentümer und auch dritte Perſonen zur Geltung bringen konnte (13). So ſtellte ſich nach der im Gemeinen Recht in Theorie (14) und Pra-

(10) Eccius, Gruch 50, 503.

(11) Dernburg Pandekten I § 246 b

(12) Weiterhin konnte auch die Konsolidation des Nießbrauchs durch Erwerb des Eigentums der mit dem Nießb auch belasteten Sache dem Nießbraucher das Recht nicht geben, seinem Zessionar die Nutzung zu entziehen; hierzu Windscheid a.a.O. Anm. 4; Dernburg a.a.O. Anm. 8.

(13) Als einschlägige Stelle hierfür läßt sich l. 11 § 2 D g. de pign. 20,1 zitieren: Usus fructus an possit pignori hypothecaeve dari quaesitum est. Et scribit Papinianus lib. XI resp., tuendum creditorum, et si velit cum creditore proprietarius agere; non esse ei ius uti frui invito se, tali exceptione eum praetor tuebitur; si non inter creditorem et eum, ad quem usus fructus pertinet, convenerit, ut usus fructus pignori sit; nam et quum emptorem usus fructus tuetur praetor, cur non et creditorem tuebitur? Eadem ratione et debitori obiicietur exceptio. Den Schluß von der exceptio zur actio zieht Windscheid a.a.O ohne Bedenken.

(14) Windscheid a.a.O.
Dernburg a.a.O. und Pfandrecht Bd. I § 62 S. 486.
Arndts, Lehrbuch der Pandekten § 179, 3.
Kohler, Pfandrechtliche Forschungen S. 191 Anm. 1
Vangerow, Lehrbuch I (7. Auflage.) § 344 Anm. 3 S. 738.
Puchta, Vorlesungen 178.
Haase, JheringsJ 36, 249 ff.

xis (15) herrſchenden Anſchauung die Ausübung des Nieß-brauchs als Gegenſtand eines Rechtes dar, über das ſelb-ſtändig verfügt werden konnte, und zwar durch Abtretung des Rechtes der Ausübung des Nießbrauchs (16). Hiermit hat die gemeinrechtliche Entwicklung abgeſchloſſen. Es zu einer Geſtattung der Veräußerung des Nießbrauchs ſelbſt - wie von einigen Schriftſtellern (17) für das jüngſte römiſche Recht behauptet wird (18). - iſt es nicht gekommen (19). Die Quellen ſprechen ſich gegen jede Übertragbarkeit aus: l. 66 de iure dot. 23, 3: ..... quoniam diximus usumfructum a fructuario cedi non posse, nisi domino proprietatis et, si extraneo cedatur, id est, ei qui proprietatem non habet; nihil ad eum transire sed ad dominum reversurum usum-fructum ..... § 3 J. de usufructu 2, 4: Finitur ususfructus, si domino proprietatis ab usufructuario cedatur; nam ceden-do extraneo nihil agitur (20).

Als bedeutsam für uns iſt aus dem Dargelegten hervorzuheben: Der Grund für die dem Nießbrauchsaus-übungsrecht beigelegte dingliche Wirkung war allein die

(15) RGZiv 16, 110; Gruch 24, 119; JW 1886. 251. Letztere zwar ausgehend vom preußischen Recht, aber zu einer eingehen-den Untersuchung des Gemeinen Rechts gelangend.

(16) klar dargelegt ist diese Auffassung in den in Anm. 15 an-gebenen Entscheidungen

(17) Dernburg der Ältere in: Lindes Zeitschrift N.F. Bd. II S. 53 ff.; v. Blume JheringsJ 34, 281.

(18) Vangerow bezeichnet das als „fast unbegreiflich" a.a.O. § 344 Anm. 3.

(19) So die meisten:
Windscheid, actio S. 135 ff.
Dernburg, Pfandrecht I § 62; ders. Pandekten I § 246 Anm. 5;
Vangerow § 344 Anm. 3;
eingehend Arndts, Zivilistische Schriften 1. Bd. Nr. 18 S. 187 ff.

(20) Von letzterer Stelle nimmt Dernburg der Ältere allerdings an, daß sie nicht sagen wolle, daß eine Übertragung ausge-schlossen sei, sondern nur, daß die Übertragung an einen ande-ren auf die Beendigung des Nießbrauchs keinen Einfluß habe. Hiergegen jedoch Vangerow a.a.O. mit ausführlichen Gründen.

Rechtsauffaſſung von der Exiſtenz einer Ausübung des Nießbrauchs, die ihrerſeits ſelbſtändig Gegenſtand eines Rechtes ſein ſollte und die man durch Abtretung dieſes beſonderen Rechtes an der Ausübung mit dinglicher Wirkung übertragen zu können meinte. So war es möglich, ſich die Ausübung auf Grund der Abtretung des Ausübungsrechtes allen gegenüber zu entziehen und [illegible] anderen allen gegenüber zu verſchaffen. Die [illegible] Natur des im Gemeinen Rechte angenommenen Rechtes zur Ausübung trägt die Auffaſſung von der dinglich wirkenden Begründung des Ausübungsrechtes [illegible] Seiten des Erwerbers. In dieſer Erkenntnis liegt die [illegible] Frucht unſerer bisherigen Unterſuchung. Denn ſie gibt einen Fingerzeig, in welcher Richtung das geltende Recht eine beſonere Nachprüfung verdient. Sie macht es uns zur Aufgabe zu unterſuchen, ob wir im bürgerlichen Recht von den gleichen Vorausſetzungen ausgehen können, wie ſie im Gemeinen Recht gegeben waren, ob wir auch heute eine Duplizität von Recht und Recht an der Ausübung, welche die Grundlage der gemeinrechtlichen Doktrin war annehmen dürfen, und ob wir auf dieſer Linie in gleicher Weiſe zu der Feſtſtellung der dinglichen Natur des Ausübungsrechtes gelangen können. Man hat bereits den Verſuch gemacht, unter Übertragung der gemeinrechtlichen Gedankengänge zu dem genannten Ergebnis zu kommen (21). Ob mit Recht, ſtehe an dieſer Stelle dahin.

§ 4. 2. Kapitel. Preußiſches Recht.

Der Anſchauung des Gemeinen Rechts folgte das Allgemeine Landrecht, das die Lehre vom Nießbrauch den Grundſätzen des Gemeinen Rechts im we-

(21) Eccius, Gruch 50, 505.

ſentlichen entſprechend wiedergab. Der § 110 I 21 ALR(1) enthält die Beſtimmung, daß der Nießbrauch zwar nicht dem Rechte, wohl aber der Ausübung nach übertragbar ſein ſollte. Dieſen Satz faßte man dem Gemeinen Recht entſprechend dahin auf, daß auf Grund der Übertragung des Rechts an der Ausübung wie eines Rechts an irgendeinem Gegenſtande, der Erwerber ein eigenes dingliches Recht, eben das Ausübungsrecht, erlangen konnte. Die Gründe Gründe hierzu liegen in einer feſt verankerten allgemeinen Auffaſſung des preußiſchen Rechtes über das Verhältnis des Rechts zur Ausübung des Rechtes. Das Allgemeine Landrecht ſondert - darin liegt die eben angedeutete Grundanſchauung - im Eigentum die Proprietät und das Nutzungsrecht und läßt es zu, daß jemand die bloße Proprietät (nuda proprietas) hat, während ein anderer Inhaber des Nutzungsrechtes iſt. ALR Teil I Titel 8 § 9: Zum vollen Eigentum gehört das Recht, die Sache zu beſitzen, zu gebrauchen und ſich derſelben zu begeben. § 10: Das Recht, über die Subſtanz der Sache zu verfügen, wird Proprietät genannt. § 11: Das Recht, eine Sache zu ſeinem Vorteil zu gebrauchen, heißt Nutzungsrecht. Dieſe Auffaſſung, die im Allgemeinen Landrecht ihren klaren, unmißverſtändlichen Ausdruck gefunden hat, läßt ſich auf den Nießbrauch anwenden (2) und ergibt folgendes Bild: Das Nießbrauchs-

---

(1) § 110 I 21 ALR: Übrigens kann jeder Nießbraucher sein Nutzungsrecht zwar auch durch andere ausüben, das Recht selbst aber kann er anderen nicht abtreten.

(2) Treffend formuliert diesen Gedanken (allerdings im Hinblick auf das Gemeine Recht) Haase (Jherings) 36, 261 ff.: „Wenn der Eigentümer einem Dritten die vollständige Nutzung einer Sache einräumen kann, während er selbst das des Gebrauchswertes vollständig entblößte Eigentumsrecht, die nuda proprietas, behält, warum soll nicht analog der Nießbraucher im Bereiche seiner Befugnisse einem Dritten die Nutzung der Nießbrauchssache als Recht einräumen dürfen und selbst nur das nudum ius behalten?"

recht zerfällt in eine Proprietät und ein Nutzungsrecht. Der Nießbraucher, der das Recht der Ausübung, d.h. das Nutzungsrecht, veräußert, behält nunmehr die Proprietät des Nießbrauchs. Das Nutzungsrecht steht voll und ganz losgelöst vom Nießbraucher dem Ausübungsberechtigten in seiner Person zu eigenem Rechte zu. Es ist Gegenstand besonderer Veräußerung und Übertragung wie irgendein übertragbares Recht, stellt den Erwerber wie den irgendeines übertragenen Rechtes sicher und stattet ihn mit dinglichem Schutz aus. Die Übertragung selbst erfolgt durch Übertragungserklärung des Nießbrauchers und Annahmeerklärung des Erwerbers; damit geht das rechtlich als selbständig zu betrachtende Nutzungsrecht auf den Zessionar über und dem Nießbraucher in seiner ganzen Substanz verloren. Diesem wird damit, da er ja das Nutzungsrecht nicht mehr innehat, die Möglichkeit genommen, über den Teil seines Nießbrauchsrechtes, der Ausübungs- , - Nutzungsrecht ist, zu verfügen (3).

Der Ausschluß einer Verfügungsmöglichkeit über das Ausübungsrecht nimmt ihm sowohl die Fähigkeit, das abgetretene Ausübungsrecht zum zweiten Male einem anderen zu übertragen, wie die Befugnis, auf die Ausübung des Nießbrauchs durch Erklärung gegenüber dem Eigentümer mit Wirkung auf den Ausübenden zu verzichten. Allein seiner Verfügung verblieben ist seine Proprietät, und ein Verzicht würde ausschließlich die Wirkung äußern können, daß dem Nießbraucher die Proprietät verloren geht (4). Weiter als das Recht des Verzichtenden reicht, kann die Entsagung rechtlich nicht von Einfluß sein; auf fremde Rechte kann man nicht verzichten. Nur wenn der

(3) ALR I 16 § 6: Durch eben die Handlungen und Begebenheiten, wodurch das Eigentum von Sachen und Rechten auf andere übergeht, verliert auch der bisherige Eigentümer seine diesfälligen Befugnisse.

(4) JW 1886, 251 Nr. 20

Nießbrauch ſelbſt auf andere Art als durch einen Verfügungsakt, wie es der Verzicht iſt, endigt, alſo z.B. durch Tod des Nießbrauchers, ſo geht auch das Ausübungsrecht unter(5). Auch das iſt im Allgemeinen Landrecht nicht anders geweſen als im Gemeinen Recht.

So erkennen wir im Allgemeinen Landrecht das Nießbrauchsausübungsrecht als ein in den Händen des Erwerbers gefeſtigtes, zu ſelbſtändigem Rechtsleben fähiges dingliches Recht und als Grund hierfür die dem Allgemeinen Landrecht eigentümliche Einteilung eines Rechtes in das bloße Recht und das (dem Ausübungsrecht identiſche) Nutzungsrecht. Hierin tritt uns die gleiche Rechtsanſicht entgegen, die auch im Gemeinen Recht die Urſache dafür war, daß man das Ausübungsrecht als dingliches Recht anſah. Nur hat dieſe Anſchauung im Allgemeinen Landrecht einen beſtimmteren Niederſchlag gefunden.

Nicht die Tatſache an ſich, daß man dem Nießbrauchsausübungsrechte im preußiſchen Recht dingliche Kraft zuſchrieb, ſondern die Erkenntnis der Gründe für dieſe Dinglichkeitslehre iſt das für unſere Arbeit Intereſſante und Wertvolle. Und es ergibt ſich aus der Betrachtung der Stellungnahme des Allgemeinen Landrechts zu unſerer Frage (wie es ſich aus der des Gemeinen Rechts ergab), daß bei der Unterſuchung des Nießbrauchsausübungsrechtes nach bürgerlichem Recht zu prüfen ſein wird, ob hier die Ideengänge, die in früherer Zeit die Grundlage für die Annahme der Dinglichkeit waren, noch ihre Geltung haben. In dieſem Hinweis für die Prüfung des bürgerlichen Rechts liegt der Vorteil, den die Betrachtung der vergangenen Rechtsordnung uns vermittelt hat.

---

(5) ALR I 19 § 33: Rechte auf und zu fremden Sachen erlöschen, wenn das Recht desjenigen, welcher sie bestellt hat, aufhört.- Dieser § hat nur für den Fall des Erlöschens ohne Verfügung Geltung: Gruch 24,121. (Urteil vom 13. VI.1879. III Senat des Obertribunals).

§ 5. 3. Kapitel. Die Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Die im Obigen geschilderten Auffassungen über das Wesen des Nießbrauchsausübungsrechtes fanden die Redaktoren des Bürgerlichen Gesetzbuches vor, als sie ans Werk der Schaffung eines einheitlichen Reichsrechtes gingen. Inwieweit die Verfasser des BGB diese Rechtsanschauungen übernehmen, inwieweit sie dieselben ablehnen wollten, werden wir darzustellen haben. Zwar ist damit, daß wir die Ansicht des Gesetzgebers kennen lernen, noch nicht mit bindender Kraft der Sinn und Inhalt des Gesetzes selbst festgestellt; denn Gesetz ist nur, was in den Normen seinen Ausdruck gefunden hat, nicht jeder Gedanke oder Wunsch des Gesetzgebers, der möglicherweise nicht zum Ausdruck gekommen ist. Aber die Kenntnis der Erwägungen der Verfasser des Gesetzbuches wird stets Fingerzeige enthalten, in welcher Richtung der Sinn einer Gesetzesstelle zu suchen ist; dies umsomehr dann, wenn die zur Frage stehende gesetzliche Bestimmung ihrerseits dürftig und knapp gefaßt ist und ihren Gehalt nicht aus sich selbst kundtut. Nur darf bei der Untersuchung der gesetzgeberischen Absichten nicht vergessen werden, daß es hierbei nur gilt, eine mögliche Interpretation zu finden, daß aber letzten Endes das Gesetz selbst entscheidet, unter Umständen für einen dem Gesetzgeber fernen Sinn, sofern seine Intentionen nicht ins Gesetz gelangt sind oder ihnen, gegenüber allgemeinen und beherrschenden Grundsätzen des Gesetzes [illegible] deutung zukommen darf.

Der I. Entwurf geht aus von der Veräußerlichkeit aller Rechte als Grun[illegible] Übertragung eines Re[illegible] im Sinne der früher[illegible] wurf nicht. Ihm ist der Gedanke an ein neben dem Recht (proprietas) beste[illegible] der Ausübung fremd. Deshalb entfällt für ihn auch jede

Möglichkeit einer dinglich wirkenden Rechtsnachfolge in das ‚Ausübungsrecht'. Das Ausübungsrecht im Sinne des Entwurfs I iſt deshalb nichts als ein obligatoriſcher Anſpruch gegen den Berechtigten auf Geſtattung der Ausübung.

Vor die Frage geſtellt, wie man ſich gegenüber den im Gemeinen Recht und im Allgemeinen Landrecht eingewurzelten Lehren von der dinlichen Kraft der Überlaſſung der Nießbrauchsausübung verhalten ſolle, hatder 1. Entwurf ſich eindeutig für die Übertragbarkeit des Nießbrauchs entſchloſſen (1) in Konſequenz der im 1. Entwurf grundſätlich erfolgten Ablehnung einer Trennung von Recht und Ausübungsrecht im alten Sinne. Die Begründung der Zulaſſung der Übertragbarkeit iſt klar und folgerichtig (2). Der Ausſchluß der Übertragbarkeit des Nießbrauchs im Gemeinen Recht wie in anderen Kodifikationen (ALR I 21 § 110; SächsGB § 600; Bayer. Entw. III art. 219) ſei im Grunde genommen ohne Bedeutung, da man doch eine Überlaſſung der Ausübung zu feſtem Recht zulaſſe. Ja, die Beſchränkung der Übertragbarkeit und Zulaſſung der dinglich wirkenden Überlaſſung der Aausübung ſei obendrein eine Rechtsregelung, die „nur zu einer unzutreffenden und Mißverſtändniſſe veranlaſſenden Ausdrucksweiſe" führe, „nach welcher der Nießbraucher, welcher ſein Recht auf Ausübung veräußert hat, ein Recht ohne Inhalt behalten würde (3)". Mit derartigen Kategorieen wie bloßem Recht im Sinne eines nudum jus und davon trennbarem Recht zur Ausübung dürfe man nicht rechnen. Wolle man daher bei dem bleiben, was ſich im Gemeinen Recht als notwendig herausgeſtellt habe, nämlich der dinglichen Sicherſtellung

---

(1) 1. Entwurf §1011 Abs. 1: Der Nießbrauch kann veräußert und belaſtet werden.

(2) vergl. hierzu und zu folgendem Motive der 1. Kommission in Mugdan, gesammelte Materialien zum BGB III. Bd. S. 293f (Motive S. 525 ff.)

(3) Mugdan a.a.O.

des Ausübenden, ſo könne das, müſſe aber auch dadurch geſchehen, daß man den Nießbrauch als ſolchen für übertragbar anerkenne.

Drei beſondere Bedenken gegen die Annahme der Übertragbarkeit des Nießbrauchs ſind von der 1. Kommiſſion aufgeworfen worden, haben aber keine Billigung gefunden. 1. Die Übertragung eines Rechtes kann wegen ſeines Inhalts ausgeſchloſſen ſein. Der Inhalt eines Rechtes kann nämlich ſo beſchaffen und begrenzt ſein, daß jede in der Abſicht der Ausübung geſchehende Handlung einer anderen Perſon als des urſprünglich Berechtigten vermöge der Beſchränkung des Rechtsinhalts nicht mehr Rechtsausubung ſein würde. Dieſes Bedenken hatte nach der Auffaſſung der 1. Kommiſſion für den Nießbrauch keine Geltung, weil der Nießbrauch ſeiner Natur nach nicht ſo gefaßt war, daß nur das perſönliche Ziehen der Nutzungen innerhalb des Rechtsinhaltes gelegen hätte. 2. Das zweite Bedenken, das die Motive enthalten, betrifft die Frage, ob durch die Übertragung des Nießbrauchs nicht möglicherweiſe der Übertragende alle mit dem Recht verbundenen Verpflichtungen von ſich abwälzen könne, um ſich dem Eigentümer gegenüber von jeder Verbindlichkeit aus dem neben dem Nießbrauch einherlaufenden geſetzlichen Schuldverhältnis einſeitig zu liberieren. Auch dieſes Bedenken lehnen die Motive zum Entwurf I mit Recht ab, da durch eine Übertragung des Nießbrauchs bis dahin entſtandene Anſprüche des Eigentümers gegen den alten Nießbraucher unberührt bleiben und nach ihrer Entſtehung unabhängig vom Nießbrauch ſelbſtändig weiterdauern. Die Gefahr einer einſeitigen Befreiung liegt beim Nießbrauch nicht vor. 3. Ein weiteres wirtſchaftliches Bedenken wurde ebenfalls nicht anerkannt. Es wäre dies, daß die Veräußerung des Nießbrauchs, weil er ſeiner Dauer nach unbeſtimmt iſt, dem Veräußerer keinen angemeſſenen Erlös verſpreche, alſo unwirtſchaftlich ſei. Aber ein Ausſchluß der Übertragung des

Nießbrauchs aus diesem Grunde erscheint den Verfassern des Entwurfs I – mit Recht – als eine Beschränkung des Nießbrauchers allein aus dem Gesichtspunkt einer Art Bevormundung heraus, die obendrein noch mit überwiegenden Nachteilen für den Nießbraucher verknüpft wäre, weil sie seiner Kreditwürdigkeit Abbruch tun würde.

So haben wir das Werk der Verfasser des Entwurfs I vor uns. Ihre Untersuchung zu unserer Frage haben sie mit Gründlichkeit und Klarheit geführt und haben auf eine Fülle von Gesichtspunkten hingewiesen, die für eine Beurteilung Beachtung verdienen. Zum ersten Male sehen wir an der alten Auffassung von Recht und Ausübungsrecht gerüttelt und diese als unpraktisch und verwirrend abgelehnt. Dies Ergebnis der zum Entwurf I angestellten Untersuchungen sehen wir folgerichtig im Entwurf I § 1011 niedergelegt (4).

Wir gelangen nunmehr zum Entwurf II und seinen Protokollen, die für unsere Aufgabe, das geltende Recht zu interpretieren, von noch größerer Bedeutung sind als der Entwurf I und die Motive. Denn die unsere Frage betreffende Bestimmung des 2. Entwurfs ist sachlich unverändert im BGB aufgenommen worden, sodaß wir in den in 2. Lesung vorgebrachten Gedanken das vor uns sehen, was der Gesetzgeber in den § 1059 BGB hineinlegen wollte(5).

In der zweiten Lesung wurde ein Antrag eingebracht, der lautete: „Der Nießbrauch kann nicht durch Rechtsgeschäft übertragen werden. Der Nießbraucher ist jedoch berechtigt, die Ausübung des Nießbrauches einem anderen zu überlassen"(6). Damit war ein Standpunkt eingenommen, der von dem des Entwurfs I entscheidend abwich. In der sich durch obigen Antrag ergebenden Streit-

---

(4) Seite 17 Anm. 1.

(5) vergl. zu folgendem: Protokolle der 2. Kommission S. 4097 ff.; Mugdan, Materialien, SachR (Bd. III) S. 761.

(6) Mugdan a.a.O.

lage wurden die Argumente und Gegenargumente geltend gemacht. Die uns bereits bekannte Einſtellung, die zum § 1011 des Entwurfs I geführt hatte, wurde zu Gunſten des Entwurfs I (alſo zur Beibehaltung der Übertragbarkeit) vorgebracht.

Hinzugefügt wurde, daß § 1011 im Grunde genommen auf dem Boden des Gemeinen Rechts und des Allgemeinen Landrechts ſtehe und der Widerſpruch zu dieſen Rechtsordnungen, der in der Zulaſſung der Übertragbarkeit geſehen werden könnte, nur ſcheinbar vorläge. Ein durchaus beachtliches Moment für die Verteidigung des § 1011 Entw. I, da in der Tat ſchon das Gemeine Recht, wenn auch nicht im Wege der Übertragung, ſo doch durch Überlaſſung der Ausübung dem Erwerber eine dinglich geſicherte Rechtspoſition gewährt und dem Nießbraucher nurmehr ein wertloſes nudum ius zuerkannt hatte. Des weiteren griffen die Anhänger des § 1011 Entw. I, die im Antrage vorgeſehene andere Regelung mit gleichfalls einſchlägigen Gründen an. Es wurde ausgeführt, daß der Antrag eine nicht zu billigende Änderung des geltenden Rechts ſei, indem er die bislang anerkannte dingliche Rechtsſtellung des Ausübungsberechtigten beſeitige und durch eine lediglich obligatoriſche erſetzen wolle. Ungerechtfertigt ſei dieſe Änderung deshalb, weil bei einem rein obligatoriſchen Ausübungsrecht die Lage des Berechtigten durchaus unſicher ſei, und dieſer der Gefahr ausgeſetzt ſei, daß ihn der Nießbraucher durch einen Verzicht um den Gegenſtand ſeines Ausübungsanſpruches bringe. Weiter wurde betont, daß auch dem Nießbraucher durch Ausſchluß der Übertragbarkeit nicht gedient würde, denn dadurch würde ihm die Möglichkeit entzogen, ſein Recht als Grundlage des Realkredits, etwa im Wege der Verpfändung, zu verwerten (7).

Alle dieſe Bedenken gegen die Zweckmäßigkeit des Antrages wurden von der Mehrheit als nicht durchſchlagend

(7) Weitere Bedenken: Mugdan a.a.O. 762; Prot. 4099 f

bezeichnet gegenüber anderen Erwägungen, die für die Mehrzahl der Redaktoren maßgebend waren. Diese gingen davon aus, daß für die zur Frage stehende Regel bezüglich der Übertragbarkeit oder Unübertragbarkeit des Nießbrauchs zunächst die Fälle des gesetzlichen Nießbrauchs auszuscheiden seien. In den verbleibenden Fällen der rechtsgeschäftlichen Begründung käme diesem Rechtsinstitut nun lediglich eine begrenzte Bedeutung für bestimmte Rechtssubjekte und Verhältnisse zu. Zunächst treffe man den rechtsgeschäftlich bestellten Nießbrauch in dem Fall an, wo er zugunsten des überlebenden Ehegatten oder einer anderen Person testamentarisch angeordnet sei. Weiter trete er als vertragsmäßiger Nießbrauch auf, dann aber grundsätzlich nur in der Form der Leibzucht bei Gutsübergaben. Beide Fälle machten durchaus die Mehrzahl aller Fälle aus, wo ein rechtsgeschäftlicher Nießbrauch überhaupt zur Entstehung komme. Die gesetzliche Regel habe sich nun nicht mit Ausnahmeverhältnissen abzugeben, sondern müsse den praktischen Verhältnissen Rechnung tragen und auf die Hauptfälle, in denen der Nießbrauch vorkomme, abgestimmt werden. Bedenke man dies, so ergäbe sich die Notwendigkeit, die Übertragbarkeit zu untersagen. Denn sowohl auf den testamentarisch angeordneten wie auf den Altenteils-Nießbrauch passe die Übertragbarkeit schlechterdings nicht: Das Verhältnis des Nießbrauchers zum Eigentümer habe in diesen Fällen ein familiäres Gepräge, das einer persönlichen Vertrauensstellung. Dem Wesen dieses Verhältnisses entspreche es nicht, daß der Nießbraucher eine andere Person, oder bei dem Nießbrauch an einem Vermögen möglicherweise sogar eine große Zahl anderer Personen durch die Veräußerung an seine Stelle setzen könnte (8).

Schließlich wurde von der Mehrheit zur Begründung ihres Antrages noch vorgebracht, daß sich aus der

(8) Mugdan und Protokolle a.a.O.
Vgl. auch Denkschrift zum SachR S. 136 (Mugdan III, S. 981).

Zuläſſigkeit der Veräußerung des Nießbrauchsdie Möglichkeit der Zwangsvollſtreckung ergeben würde. Dazu aber eigne ſich der Nießbrauch gar nicht, da eine Zwangsverſteigerung regelmäßig zu einer Verſchleuderung des ſeiner Dauer und damit ſeinem Wert nach unbeſtimmten Nießbrauchs führen müſſe, ein Gedanke, der erhelle, daß der Nießbrauch ſich ſeiner Natur nach überhaupt nicht zum Verkehrsgegenſtande oder zur Realkreditgrundlage eigene.

Dieſe Erwägungen hat ſich, wie geſagt, die Mehrheit der zweiten Kommiſſion zu eigen gemacht, und, auf ſie geſtützt, die als Antrag zitierte Rechtsregel im zweiten Entwurf aufgenommen. Was den Geſetzgeber zu dieſer Beſtimmung bewog, läßt ſich eindeutiger nicht zeigen als durch die bei den Verhandlungen in überaus fruchtbarer Erörterung vorgebrachten Erwägungen. Was der Geſetzgeber danach zugleich unter § 1059 verſtanden haben wollte, ergibt ſich - da der Antrag des Entwurfes unmittelbar in § 1059 BGB übergegangen iſt - aus obigem von ſelbſt. Zur Beſeitigung eines jeden Zweifels hat ſchließlich die zweite Kommiſſion noch beſonders feſtgeſtellt, daß die Überlaſſung dahin verſtanden werden ſollte, daß das Ausübungsrecht dem Dritten keine dinglich gefeſtigte Stellung verſchaffen, ſondern nur obligatoriſche Wirkungen äußern ſollte (9). Hierbei iſt die zweite Kommiſſion im Anſchluß an die erſte wohl auch von der Auffaſſung ausgegangen, daß die obligatoriſche Rechtsnatur des Ausübungsrechtes nicht allein aus Zweckmäßigkeitsgründen, ſondern auch aus inneren Gründen anzunehmen ſei. Schon die erſte Kommiſſion hatte dargelegt (10), daß die alte Auffaſſung der Zweiteilung des Rechts in Recht und

(9) Die obligatoriſche Natur wurde im übrigen auch als hinreichend angeſehen, da der überlaſſene Beſitz dem Ausübungsberechtigten Schutz gegen Dritte gewähren würde und auch eine den Ausübenden ſchädigende Wirkung des Verzichts in den Hauptfällen der Vermietung und Verpachtung ausgeſchloſſen war.

(10) Vgl. oben S. 17 ff.

Ausübungsrecht, in der die Anerkennung der Dinglichkeit des letzteren basierte, im modernen Recht wegen begrifflicher Unzweckmäßigkeit abzulehnen sei. Und gegenüber dieser Anschauung ist von Seiten der zweiten Kommission nie ein Bedenken oder Widerspruch laut geworden. Vielmehr sind beide Kommissionen in ihren Erörterungen von der zuerst in der ersten Kommission bestimmt ausgesprochenen Grundanschauung ausgegangen, daß für eine Unterscheidung von Recht und Ausübungsrecht im alten Sinne im bürgerlichen Recht kein Raum mehr sein sollte.

Damit haben wir eine hinreichende Kenntnis davon gewonnen, wie die Verfasser des BGB den § 1059 verstanden, und von welchen Gesichtspunkten sie bei ihrer Interpretation geleitet wurden. Wir werden uns mit alledem auseinanderzusetzen haben.

II. Abschnitt. Das geltende Recht.

§ 6. 1. Kapitel. Kurze Darstellung der Auffassungen aus Theorie und Praxis sowie die Ergebnisse der Rechtstatsachenforschung.

Wenn wir uns nunmehr der Prüfung des Ausübungsrechts ausschließlich auf dem Boden des bürgerlichen Rechtes zuwenden, so mögen zuerst die Anschauungen dargestellt sein, die bisher in Rechtslehre und Rechtsprechung des geltenden Rechtes über das Wesen des Ausubungsrechtes vertreten sind. Da § 1059 kurz gefaßt ist und aus sich heraus nicht verständlich über das Wesen des Ausübungsrechtes entscheidet, so hat sich die Rechtslehre anfanglich fast geschlossen und weiterhin durchaus überwiegend den in den Vorarbeiten zu § 1059 BGB zum Ausdruck gelangten Intentionen des Gesetzgebers angeschlossen. Unter dem Einfluß der Entstehungsgeschichte dieses Paragraphen ist die Anschauung vom Ausubungsrechte als eines durch Besitzschutz

möglicherweiſe verſtärkten obligatoriſchen Rechtsverhältniſſes zur herrſchenden geworden (1) und wohl auch herrſchend geblieben. Die gleiche Auffaſſung hat das Kammergericht (2) vertreten. Es betont, daß der Ausſchluß der Übertragung nicht verſtändlich ſei, wenn doch durch die Überlaſſung der Ausübung des Nießbrauchs ein neues dingliches Recht entſtehen ſollte. Die Ausſchließung könne nur darauf beruhen, daß ein dingliches Recht für einen Dritten am Nießbrauch gerade nicht zuläſſig ſein ſoll. Eine ſtark modifizierte Meinung hat das Reichsgericht entwickelt(3); über ſie wird noch beſonders zu handeln ſein.

Die im übrigen vertretenen Auffaſſungen, die im Ausübungsrecht ein dingliches Recht annehmen, ſollen nicht geſchildert werden, bevor eine Tatſache Erwähnung gefunden hat, die teils überhaupt die Urſache für das Aufkommen dieſer Meinung war, teils zu deren Verbreitung beigetragen hat und die auch ſonſt zur Vervollſtändigung des Bildes von der Bedeutung des Ausübungsrechtes beachtet werden muß, wenn man ſich nicht einer einſeitig theoretiſierenden Betrachtungsweiſe ſchuldig machen will.

---

(1) Kipp zu Windscheid § 205 Anm. 4.
Planck §1247.3a.
Neumann §1247 Anm.II,3.
Crome, SachR § 436 III
Maenner, SachR S.290 Anm. 6.
Güthe, GBO Vorbem z.II.Abschnitt Anm. 20; §19 Anm. 128.
Fischer-Henle, 1059 Anm.2
Fuchs, Grundbuchrecht I 1059 Anm. 2
Turnau-Förster, SachR 1059 Anm. 3.
Biermann, SachR 1059,2.c
dazu vergl. auch RGRäte Komm. 1059, 1 u. 2.
(Staudinger-)Kober 1059, 1c
Achilles-Strecker GBO S 110
Goldmann-Lilienthal Bd. II, § 57 III
Oertmann JheringsJ 66, 143 (zweifelnd).
Nußbaum, Nießbrauch S. 66.

(2) KGJ 40, 256; KG in OLGE 43.7.

(3) RGZiv 101,5; Entsch. 74,78 läßt die Frage offen.

Die Anſicht, daß der Nießbrauch im allgemeinen auf der Grundlage eines familien- oder erbrechtlichen Vertrauensverhältniſſes beruhe (4), hat im praktiſchen Rechtsleben eine nur ſchwache, ja man kann ſagen, faſt gar keine Beſtätigung gefunden (5). Das Anwendungsgebiet des Nießbrauchs iſt in Wirklichkeit ein durchaus anderes, als ſich die Verfaſſer des BGB vorgeſtellt hatten. Von dieſen wurden als die beiden Hauptfälle des Nießbrauchs angeſehen: 1. der zugunſten des überlebenden Ehegatten letztwillig angeordnete, 2. der vertragsmäßige in der Form der Leibzucht bei Gutsübergaben (6).

Tatſächlich hat ſich gezeigt, wie Nußbaum (7) an Hand der Rechtſprechung dargelegt hat, daß beide Fälle nicht zutreffen. Der teſtamentariſch zugewendete, ſogenannte Verſorgungsnießbrauch iſt zumeiſt mit der Ermächtigung des Ehegatten zu freier Verfügung über den Nachlaß verbunden. Dieſer ſogenannte Dispoſitionsnießbrauch iſt bei richtiger Auslegung des Willens des Erblaſſers kein Nießbrauch, ſondern ſtellt ſich als eine durch die Anordnung einer Nacherbfolge beſchränkte Erbeinſetzung dar (8), denn das Inſtitut der Vorerbſchaft paßt meiſt viel beſſer (9) als ein „Nießbrauch auf Lebenszeit" zugunſten des überlebenden Ehegatten auf derartige letztwillige Verfügungen, da die regelmäßig getroffene Einräumung einer Verfügungsmacht

(4) vergl. o. S. 21.

(5) grundlegend für die Erkenntnis der tatsächlichen Bedeutung des Nießbrauchs ist die Schrift Nußbaums: Das Nießbrauchsrecht des BGB.....; einen ausgezeichneten Überblick über das wirkliche Vorkommen des Nießbrauchs gibt auch Hedemann, SachR in Grundrisse der Rechtswissenschaft (§ 18 I b)

(6) s. o. S. 21.

(7) Das Nießbrauchsrecht, §§ 2 u. 3.

(8) zu vergleichen: RG in JW 1911, 233, 15; 1919, 434, 3; (Staudinger-) Kober Vorbem. 3 vor 1030.

(9) Nußbaum S. 8.

zugunſten des überlebenden Teiles bei einem Nießbrauch, wenn auch nicht unzuläſſig(10), ſo doch ungewöhnlich iſt, andererſeits aber ein Merkmal dafür iſt, daß der Bedachte die freiere Poſition eines Erben haben ſoll(11).

Bei Gutsübergaben iſt die praktiſche Bedeutung des Nießbrauchs gleichfalls durchaus untergeordnet. Der Nießbrauch hat in dieſem Zuſammenhang eigentlich nie eine entſcheidende Rolle geſpielt. Durch die ſpezifiſchen Altenteils-, Leibgedinge- und Leibzuchtsverträge, die der landesrechtlichen Regelung vorbehalten ſind (Art. 96 EG BGB), iſt die Geltung für den Nießbrauch auf dem Gebiet des Nutzungsvorbehaltes bei Gutsüberlaſſungen auf ein Minimum beſchränkt. „Auf hundert ſolcher Verträge wird kaum einmal ein wirklicher Nießbrauch kommen."(12) Und findet ſich ſchon einmal eine Gutsübergabe in einem dem Nießbrauchsrecht ähnlichen Vertragsgebilde geregelt, ſo ſtellt ſich dieſes bei genauerer Betrachtung als eine Abmachung heraus, die ſich aus einer beſchränkten Dienſtbarkeit verbunden mit einer Reallaſt zuſammenſetzt (Altenteil), nicht aber Nießbrauch iſt.

Dagegen hat ſich im praktiſchen Rechtsleben gezeigt, daß der Nießbrauch in zahlreichen Fällen zu den Zwecken benutzt wird, zu denen er ſich nach der in den Vorarbeiten zum BGB vertretenen Meinung gerade nicht eignen ſollte. Hauptfälle, die hier ins Auge gefaßt werden, ſind der Nießbrauch zu Sicherungs- (13) und der zu

---

(10) Ein Verfügungsrecht ſteht dem Nießbraucher kraft ſeines Nießbrauches nicht zu, kann ihm aber neben dem Nießbrauch eingeräumt werden. Vergl. Kober, Vorbem. 2 a.E. vor 1030; RGRäte Komm Vorbem. 2 vor 1030; Wolff, SachR § 117 IV; Kohler, ArchZivPrax 107, 258; Zeiler DJZ 1922, 558; dagegen allerdings eindringlich Nußbaum S. 6.

(11) Nußbaum S. 8 ff.

(12) Hedemann SachR § 18 I b 2.

(13) genaueres: Nußbaum, § 4.

Befriedigungszwecken (14). Der erſtere wird in der Regel zur Sicherung einer Hypothek bei ſtädtiſchen Mietsgrundſtücken beſtellt, um dem Hypothekar ein unmittelbares Anrecht auf die Mieten zu verſchaffen, das ihm auf Grund ſeiner Hypothek nicht zuſtände (15). Der letztere ſoll darüber hinaus als Erſatz der Antichreſe (16) zur Tilgung (17) einer perſönlichen (18) oder hypothekariſch (19) geſicherten Forderung, d.h. zur Befriedigung des Gläubigers aus den Nutzungen (20) des Grundſtücks dienen (21).

In beiden Fällen beſteht eine rechtstatſächliche Abweichung von den theoretiſchen Anſchauungen des Geſetzgebers. Und wenn der Geſetzgeber auch, von ſeiner Auffaſſung (22) ausgehend, folgerichtig die Notwendigkeit einer Übertragung des Nießbrauchs verneinen und eine obligatoriſche Bindung für ausreichend erklären durfte, ſo ergibt gerade das abweichende Bild des praktiſchen Rechtsverkehrs, daß, wenn ſchon eine Übertragbarkeit fehlen ſoll, eine dingliche Wirkung der Überlaſſung der Ausübung in

(14) genaueres: Goldmann-Lilienthal SachR § 57 Anm. 17.

(15) Planck (5 vor 1030) mochte aus diesem Grunde dem Sicherungsnießbrauch die rechtliche Wirksamkeit absprechen: ein eigentlicher Nießbrauch sei garnicht gewollt, denn es käme den Parteien allein darauf an, die Mieten dem Hypothekar zuzuführen und die Paragraphen 1123 f. (insbesondere 1124) zu umgehen.

(16) Das BGB hat die Antichrese als „abgestorbenes Rechtsinstitut", für dessen Erhaltung ein praktisches Bedürfnis nicht bestehe, nicht aufgenommen (Mot. III Seite 628-638); das RG verneint ausdrücklich die Möglichkeit der Begründung eines antichretischen Rechtes in RGZiv 48, 61.

(17) ein illustratives Beispiel bei Goldmann Lilienthal § 57 Anm. 17.

(18) Die Bestellung eines Nießbrauchs an einem Grundstück zur Tilgung persönlicher Forderung ist zulässig: RGZiv 67, 378; KGJ 34, 263.

(19) RG (25.XI.10) Warn.Rspr. 11 Nr. 78.

(20) Über das Prinzip vgl. Manigk, Gläubigerbefriedigung durch Nutzung S. 10 ff.

(21) Wolff, SachR § 114 IV 2 und einzelnes in Anm. 9.

(22) vergl. o. Seite 23.

vielen Fällen wohl angebracht wäre. So liegt es auf der Hand, daß im Falle, wo ein Nießbrauch zur Sicherung einer Hypothek beſtellt iſt, bei Abtretung der Hypothek die Möglichkeit des Mitüberganges des Nießbrauchs oder doch wenigſtens eine dinglich wirkende Überlaſſung meiſt dem Willen der Parteien entſprechen würde(23). Jedenfalls kann von einem familiären Vertrauensverhältnis in derartigen Fällen nicht die Rede ſein. Diejenigen Fälle, wo in der Tat ein vom Vertrauen getragenes Verhältnis neben dem Nießbrauch einhergeht: die Verhältniſſe des eheherrlichen (§ 1363 BGB)und des elterlichen(§§ 1649, 1684 BGB)Nutznießungsrechtes liegen auf einem anderen Gebiet; ſie ſind ſelbſtändig geregelt und damit dem Nießbrauchsrechte des III. Buches entzogen.

Wenn ſich hiermit herausgeſtellt hat, daß die Zweckmäßigkeitsgründe, die die Verfaſſer des BGB mitveranlaßten, eine nur obligatoriſch wirkende Überlaſſung anzunehmen, in Wirklichkeit nicht beſtehen, wenn ſich weiter gezeigt hat, daß ſich aus der Annahme einer nur obligatoriſchen Natur des Ausübungsrechtes erhebliche Mängel ergeben, ſo iſt es nur natürlich, wenn angeregt durch dieſe Tatſache, es in ſteigendem Maße von Vertretern der Wiſſenſchaft(24) abgelehnt wird, ſich der von den Verfaſſern des BGB gewieſenen Deutung anzuſchließen. Da die praktiſchen Erwägungen des Geſetzgebers für die Annahme einer obligatoriſchen Wirkung der Überlaſſung der Ausübung verfehlt waren, ſo haben, wie - mit Recht - betont wird, die Darlegungen der Verfaſſer des BGB inſoweit für die Auslegung des § 1059 Satz 2 BGB ihren Wert verloren. Ein Anlaß, aus Zweckmäßigkeitsgründen dem Ausübungsrecht einen obligatoriſchen Gehalt zuzuſchreiben, beſteht nicht, vielmehr

(23) Wolff SachR §118,I

(24) Eccius Gruch 50, 503 ff.
Kretzschmar LZ 1914 Sp. 993 ff.; Gruch 65, 435 ff.
Predari GBO § 24 Anm. I.
Jäger KO § 1 Anm. 39

hätte eine dingliche Wirkung der Überlaſſung größten praktiſchen Wert. Vorwiegend hierdurch (25) veranlaßt, ſind die genannten Schriftſteller (und andere)(26) zu der Annahme der Möglichkeit einer dinglich wirkenden Übertragung der Ausübung auch für das geltende Recht gelangt. Im einzelnen ſind folgende Meinungen geäußert worden.

Eccius(27) und Kretzſchmar(28) gelangen zu dem Ergebnis, daß die Annahme eines beſonderen Ausübungsrechtes als Gegenſtand der Übertragung zu eigenem Rechte auch heutzutage anzuerkennen ſei. Im Ergebnis gleicher Auffaſſung iſt Kohler (29). Eine Mittelmeinung vertreten Oertmann(30) und Mitteis(31). Sie nehmen an, das Recht des Ausübenden ſei bald als dingliches, bald als obligatoriſches aufzufaſſen. Es komme auf die Eigenart des der Gebrauchsüberlaſſung zugrunde liegenden Vertrages an. Wenn dieſer nicht Miete oder Pacht, ſondern Kauf oder Schenkung ſei, ſo ſtände einer dinglichen Ausgeſtaltung

---

(25) neben anderen, noch zu erörternden Gründen; vgl. hierzu das 3. Kapitel dieſes Abſchnittes.

(26) vgl. die oben S. 28 Anm. 24 zitierten ſowie die nachſtehend im Text angeführten.

(27) Gruch 50, 503.

(28) LZ 1914 Sp. 996: "Soll mit der vom Geſetze zugelaſſenen Überlaſſung der Ausübung des Nießbrauchs Ernſt gemacht werden, ſo muß ſie im Sinne einer auf die Ausübung beſchränkten Übertragung verſtanden werden"; jedoch ſagt Kretzſchmar an anderer Stelle(Gruch 65, 436), daß die Ausübungsüberlaſſung ein abgetrenntes „Nutzungsrecht an dem Grundſtück" begründe, woraus die Unſicherheit der Auffaſſung erhellt; ſ. dazu Nußbaum S. 66.

(29) Kohler-Holtzendorf Enzyklop. II § 43 S. 59: In der Konſtruktion jedoch ein wenig verſchieden: „Der Nießbraucher kann zwar nicht den Nießbrauch übertragen, wohl aber ein dingliches Recht daraus ableiten und es einem anderen gewähren"; „ius in re".

(30) Jherings J 66,144.

(31) Cosack-Mitteis SachR. § 67, III, 1.

nichts im Wege (32). Eine weitere Auffaffung vertritt Eitzbacher(33) der, meint, daß die Beftimmung des § 1059 BGB fich lediglich auf den Inhalt des Nießbrauchs beziehe: der Nießbraucher ift nicht nur berechtigt, felbft die Nutzungen zu ziehen, fondern auch, dies einem anderen zu geftatten. In der Begründungsweife ganz für fich ftehf Hurfch(34), der im übrigen ebenfalls zu einer dinglichen Übertragbarkeit der Ausübung kommt(35).

Wie diefe Anfichten der angeführten Schriftfteller im einzelnen zu beurteilen find, foll erft im Anfchluß an eine eigene Prüfung der Frage gezeigt werden, denn es bedarf einer feften Grundlage, um gegenüber den hier vorgetragenen unter fich verfchiedenen Anfchauungen und weiter gegenüber der bereits erwähnten, vom Reichsgericht vertretenen Meinung fowie fchließlich gegenüber der herrfchenden Lehre von der obligatorifchen Natur der Überlaffung der Ausübung zu einer kritifchen Beurteilung in der Lage zu fein.

Wir haben mit der Darlegung bis zu diefem Punkte einen Überblick gewonnen über die Anfchauungen zu unferer Frage. Ein Überblick, der uns erkennen läßt, daß über die Bedeutung des Rechtsgebildes des Nießbrauchsausübungsrechtes trotz aller guten Abfichten des Gefetzgebers auch heute noch keine Klarheit vorhanden ift, daß vielmehr verfchiedene Meinungen mit vielerlei Begründungen beftehen und fich befehden, fehr zum Nachteil einer wünfchenswerten Rechtsficherheit. Allein einig ift man fich wohl darin, daß der § 1059 BGB dem Gefetzgeber mißglückt ift. Die Erkenntnis, daß das Verbot der Über-

(32) Andrerfeits fchreibt Oertmann S. 143 zweifelnd, daß vielleicht die Überlaffung der Ausübung ausfchließlich obligatorifche Rechte begründe.

(33) Das rechtswirkfame Verhalten S. 84.

(34) Übertragung der Rechtsausübung S. 187, 314.

(35) vgl. unten § 8.

tragbarkeit des Nießbrauchs ungerechtfertigt iſt (36), bricht ſich Bahn, und die Auffaſſung, daß die Vorſchrift des 2. Satzes des § 1059 dunkel und mißverſtändlich iſt, wird von allen geteilt (37).

2. Kapitel.
Grundlegende Unterſuchung.

§ 7. a. Rechtsausübung und „Recht auf Ausübung" im geltenden Recht.

Wenn wir nunmehr verſuchen wollen, in dem Streit der Meinungen einen eigenen Standpunkt zu gewinnen, ſo mögen dem Gang dieſer Unterſuchung einige unſere Arbeitsweiſe beherrſchende Gedanken vorangeſtellt ſein.

Es iſt bereits darauf hingewieſen worden, daß das praktiſche Rechtsleben der Gegenwart ſich des Nießbrauchs gern als eines Erſatzinſtituts für die Sicherung von Hypothekengläubigern ſowie für die Antichreſe bedient und daß in derartigen Fällen die Möglichkeit einer dinglich wirkenden Überlaſſung den Erforderniſſen der heutigen Verhältniſſe durchaus entſprechen würde. Dieſe Erkenntnis werden wir bei Prüfung der Frage, ob ſich die Annahme einer dinglichen Wirkung mit dem geltenden Recht vereinbaren läßt, nicht aus den Augen verlieren. Andererſeits ſoll uns dieſe Erkenntnis nicht den klaren Blick für die Beurteilung unſeres geltenden Rechtes trüben und uns nicht verleiten, mit vorgefaßter Meinung ans Werk zu gehen. Es kommt uns darauf an, vorurteilsfrei zu verfahren, wenn wir auch wiſſen mögen, welches Ergebnis das erfreulichere

(36) vgl. hierzu noch Nussbaum S.98 f.

(37) Kohler a.a.O. bezeichnet sie als 'nichtssagend'. Kretzschmar behauptet, daß die Unübertragbarkeit in 'innerem Widerspruch' zur Zulassung der Überlassung der Ausübung stehe; SächsArch f.Rechtspflege 15.Jahrgang Seite 179 ff. (Kritik zu Nussbaum: Das Nießbrauchsrecht des BGB).

wäre. Es gilt, diejenige Löſung zu finden, die dem geltenden Recht tatſächlich entſpricht, denn es erſcheint als eine für die Klärung unſeres Rechts wenig erſprießliche Methode, wollte man verſuchen, eine unſerem Recht fremde Regelung, nur weil ſie wünſchenswert iſt zu geltendem Recht zu ſtempeln. Allerdings verſteht ſich aus Gründen einer praktiſchen, lebensbejahenden Rechtsfindung von ſelbſt, daß wir, wenn und ſoweit das Geſetz überhaupt eine Auslegung im Sinne der Dinglichkeitslehre geſtattet, dieſer den Vorzug geben würden.

Wenn wir die Natur des Rechts unterſuchen, das durch Überlaſſung der Ausübung des Nießbrauchs erlangt wird, ſo iſt erforderlich, zuerſt einmal Klarheit zu gewinnen über die Bedeutung des Begriffs Ausübung, über das Verhältnis der Ausübung zum Recht und über die Möglichkeiten einer Überlaſſung der Ausübung eines Rechts im allgemeinen. Bei Prüfung der Rechtsnatur des Nießbrauchsausübungsrechtes iſt auf das eigentliche Weſen der Ausübung nie recht eingegangen worden. Daher haben die Erklärungen, die §1059 Satz 2 BGB gefunden hat, ſo oft der Klarheit und damit der Überzeugungskraft entbehrt. Mitunter hat man ſich damit begnügt, die Worte des Geſetzes zu wiederholen mit der anſchließenden Behauptung, daß durch dieſe Überlaſſung der Ausübung ein nur obligatoriſches Recht entſtände (1), oder man hat verſucht, den Sinn der Überlaſſung der Ausübung dadurch verſtändlicher zu machen, daß man als Hauptfälle die Verpachtung oder Vermietung eines im Nießbrauche ſtehenden Grundſtückes angab (2) und hervorhob, daß im übrigen die Überlaſſung der Ausübung unentgeltlich wie auch entgeltlich erfolgen könne. Eine rechte Klarheit iſt aber damit u.E. nicht gewonnen. Neuerdings hat Kretzschmar (3)

(1) Fiſcher-Henle §1059 Anm. 2.

(2) Goldmann-Lilienthal, SachR §57 Anm.1.

(3) Kretzſchmar Gruch 65, 434 (1921).

die mangelhafte Trennung der Überlaſſung der Ausübung von Miete und Pacht als die Wurzel des Übels bezeichnet, und man wird Kretzschmar nur Recht geben können. Miete und Pacht und Überlaſſung der Ausübung werden häufig in einem Atem genannt, ohne daß eine begriffliche Scheidung erkennbar wird, und ohne daß man recht weiß, ob im Grunde dasſelbe vorliegt oder ein Unterſchied beſteht. Über all dies aber muß Klarheit herrſchen, wenn man Behauptungen über die Tragweite des § 1059 Satz nicht nur aufſtellen ſondern auch begründen will.

Mit Zuteilung eines Rechts durch die Rechtsordnung wird einer beſtimmten Perſon die Befugnis verliehen, ſich in beſtimmter Weiſe zu verhalten. Dieſe Stellung, auf Grund deren der Wille der einzelnen Perſon etwas vermag und in beſtimmten Beziehungen, ſei es gegenüber anderen Rechtsgenoſſen, ſei es für die Beſtimmung über ein Gut entſcheidend iſt, gibt der Perſon eine Macht. Denn von Macht ſpricht man gerade in den Fällen, wo ein durchſetzbarer Wille beſteht (4). Das Recht wird von uns deshalb als eine von der Rechtsordnung einer beſtimmten Perſon zugeteilte Machtſtellung (5), ſich in beſtimmter Weiſe zu betätigen, angeſehen werden können (6). Dieſe Betätigung nun, das Verhalten auf Grund des Rechts (7), iſt die Ausübung des Rechtes. Sie ſtellt ſich dar in den Handlungen des Berechtigten, in denen er die im ſubjektiven Recht

(4) Das Fehlen eines rechtlich erheblichen Willens bei Geſchäftsunfähigen nimmt dieſen nur die Fähigkeit, in eigener Perſon rechtsgeſchäftlich zu handeln; vergl. Hirſch, Übertragung S. 6.

(5) Lehmann, Allgem. Teil § 15 S. 78; Hirſch S. 4.

(6) Kipp zu Windſcheid Bd. I S. 156, 2; Literatur s. bei Kipp a.a.O. Anm. 3. Eine eingehende Prüfung dieſer in vielfacher Richtung gelösten Frage iſt im Rahmen dieſer Arbeit nicht geboten. Das Recht erſcheint hier lediglich von Bedeutung, ſoweit es zur Erklärung der Ausübung dient.

(7) Hölder, Allgem. Teil § 226 Anm. 1: „Ausübung eines Rechts iſt die Beobachtung eines kraft desſelben berechtigten Verhaltens."

gelegene Rechtsmacht betätigt, mögen nun diese Handlungen tatsächlicher oder rechtsgeschäftlicher Natur sein. Recht und Ausübung desselben sind also begrifflich wohl zu scheiden. Das entspricht auch dem Sprachgebrauch und inneren Aufbau des Gesetzes, das in häufigen Fällen zwischen Rechtsbestand und Rechtsausübung unterscheidet. Im § 552 heißt es: „Der Mieter wird von der Entrichtung des Mietzinses nicht dadurch befreit, daß er durch einen in seiner Person liegenden Grund an der Ausübung des ihm zustehenden Gebrauchsrechts verhindert wird". Das Gesetz stellt also hier in nicht mißzuverstehender Ausdrucksweise das Haben eines Rechts der Ausübung desselben gegenüber. Als weitere Fälle (8), wo dies geschieht, sind zu nennen: § 860, der dem Besitzdiener die Befugnis zur Ausübung der Besitzschutzrechte gibt, und § 983, der von Ausübung eines in Wirklichkeit nicht zustehenden Nutzungsrechts spricht. In dem § 1059 schließlich unterscheidet das Gesetz eindeutig zwischen Recht und Ausübung, denn sinngemäß werden beide als verschieden vorausgesetzt (9): Der Nießbrauch ist nicht übertragbar, die Ausübung ist es.

Die Ausübung, die somit als begrifflich durchaus verschieden vom Recht zu trennen ist, wurde bestimmt als die Gesamtheit der dem Recht entsprechenden Handlungen (und Unterlassungen) und erscheint damit als etwas Tatsächliches (10); sie steht im Gegensatz zu dem nur gedachten Recht als solchem. Hirsch (11) findet für diesen Gedanken folgende Formulierung: „Die Ausübung ist die tatsächliche Erscheides abstrakten Rechts. In ihr verkörpert sich das Recht. Durch

(8) vergl. hierzu die bei Hirsch, Übertragung S. 24 Anm. 2 zitierten Fälle, die es als einen Grundzug unserer bürgerlichen Rechtsordnung erscheinen lassen, daß Recht und Ausübung verschieden sind.

(9) Weitere Fälle hierfür: §§ 38, 40, 1092, 1052 I 1 1070 II, 1685 II, aus der Zivilprozeßordnung: § 857 III, IV.

(10) mag auch die einzelne Handlung rechtsgeschäftlich sein: Vermietung.

(11) Hirsch, Seite 26.

ſie tritt das Recht ſinnlich wahrnehmbar in die Außenwelt. Durch die Rechtsausübung wird das Recht in die konkrete Welt der Tatſachen projiziert."

Bei aller begrifflichen Verſchiedenheit von Recht und Ausübung iſt doch zu beachten, daß beide ihrer Natur nach zuſammengehören und eins das Spiegelbild des anderen iſt. So beſteht die Ausübung nicht als etwas Iſoliertes, ſondern ſtellt nur die unmittelbare reale Auswirkung des Rechts in der Außenwelt dar. Beide, Recht und Ausübung, gehören zueinander: „die Rechtsausübung iſt grundſätzlich dem Resht kongruent (12)". Mit der Tatsache, daß Recht und Ausübung unmittelbar zuſammengehören, iſt es unvereinbar, wenn einzelne Schriftſteller (13) noch von einem beſonderen Recht zur Ausübung ſprechen und dieſes zwiſchen das eigentliche Recht und die Ausübung einſchieben wollen. Die Ausübung ergibt ſich unmittelbar als die Vollziehung des Rechts, und es bedarf keines beſonderen Rechts zur Ausübung. Letztere wird vom Recht ſelbſt getragen. In dieſer Hinſicht ſtand es, wie wir ſchon geſehen haben(14), anders im Gemeinen Recht und im Allgemeinen Landrecht.

Im Gemeinen Recht hat man lange Zeit den Satz allgemein vertreten, daß die Zeſſion nicht das Recht der Forderung ſelbſt ſondern nur deſſen Ausübungsbefugnis übertrage. Hiergegen haben ſich jedoch, ſoweit es ſich um die Zeſſion einer Forderung handelt, ſchon im Gemeinen Recht ſelbſt bedeutende Rechtslehrer (15) gewandt (16). Delbrück

(12) Hirsch, Seite 26.

(13) Endemann Lehrbuch SachR § 28,5 a.
Jäger, Konkursordnung § 1 Anm. 39.
Predari, Grundbuchordnung § 24 Anm. 1.
Einschränkend: Emmerich, Pfandrechtskonkurrenzen S. 296 Anm. 683.

(14) vergl. oben §§ 3 und 4.

(15) Windscheid, Kritische Überschau I S. 40; Arndts, Pandekten § 254 Anm. 4; Brinz, Krit. Blätter N. 2 S. 34.

(16) vgl. Bähr JheringsJ 1, 351 ff. (zur Zessionslehre).

ſagt dazu unter anderem (17): „Was das Recht an ſich und das Ausübungsrecht betrifft, ſo beruht dieſer Unterſchied auf einer leeren Abſtraktion. Beide Begriffe decken ſich. Denn wenn zugeſtanden wird, daß (bei der Zeſſion) dem Gläubiger nach erfolgter Benachrichtigung des Schuldners keinerlei Ausübung des Rechts mit Erfolg mehr geſtattet iſt, ... ſo fragt man ſich vergeblich, welchen Inhalt denn dieſes Recht an ſich habe; es exiſtiert nicht und kann nicht abgeſondert von dem Ausübungsrecht exiſtieren, mit dem es auf das engſte zuſammenhängt, mit dem es identiſch iſt."

Aber ſoweit es ſich um die Ausübung des Nießbrauchs handelt, hat man im Gemeinen Recht nicht mit derartigen Gedanken, wie Delbrück ſie formuliert, Ernſt gemacht. Hinſichtlich der Ausübung des Nießbrauchs hat man allgemein daran feſtgehalten, daß dieſe Gegenſtand eines beſonderen Rechtes ſei; hierauf iſt bereits eingehend hingewieſen worden. Was die Stellungnahme des ALR betrifft, ſo hat, wie ebenfalls dargelegt wurde (18), in dieſem das Ausübungsrecht eine geradezu klaſſiſche Anerkennung gefunden. Von alledem darf man in das heutige Recht nichts herübernehmen. Das Geſetz ſelbſt kennt ein beſonderes Ausübungsrecht nicht; ſchon in der erſten Komiſſion wurde betont, daß derartige Kategorien wie Recht als ſolches und Recht zur Ausübung im modernen Recht keine Stätte haben ſollten (19). Heutigen Tages dürfen wir nur noch ein Recht und die Ausübung dieſes Rechtes anerkennen (20).

Dieſe Erkenntnis iſt für die Unterſuchung von der Natur des Ausübungsrechtes beim Nießbrauch von Bedeutung. Es kann hier der Anſicht entgegengetreten werden, die es

(17) Die Übernahme fremder Schulden S. 8 f.
(18) s.o. § 4 S. 14 Anm. 4.
(19) s.o. § 5 und die Ausführungen hinsichtlich der 2. Kommission S. 22 f.
(20) Hirsch S. 28 f.; Schuppe, Der Begriff des subjektiven Rechts S. 143.

verſucht, mit Hilfe des ſogenannten Rechtes zur Ausübung den Satz 2 des § 1059 zu erklären und zwar in dem Sinne, daß dem Ausübungsberechtigten ein dingliches Recht zur Ausübung zuzuſprechen ſei. (21) Es ſoll ſich die Überlaſſung der Ausübung durch Überlaſſung des Ausübungsrechtes und die Pfändung durch Pfändung dieſes Ausübungsrechtes vollziehen. Dieſem nunmehr in der Perſon des Ausübenden bezw. Pfandgläubigers entſtehenden Recht zur Ausübung ſoll die Dinglichkeit nicht abzuſprechen ſein. Derartige Verſuche, den § 1059 Satz 2 zu interpretieren, ſind unhaltbar; man darf den § 1059 2 nur mit Hilfe von Rechtsanſchauungen und Rechtskategorien erklären, die für das geltende Recht anzuerkennen ſind. Ideengänge aus der Zeit des Gemeinen Rechts, die uns fremd geworden ſind, müſſen außer Betracht bleiben.

Für das geltende Recht aber gilt, daß es nur ein Recht und eine Ausübung gibt und ein beſonderes Recht zur Ausübung nicht angenommen werden kann, es ſei denn, man ſetzt es dem Recht als ſolchem gleich. So fragt denn auch Predari (22): „Aber iſt das Ausubungsrecht inhaltlich etwas anderes als der Inbegriff der im Nießbrauch enthaltenen Befugniſſe?“ Wenn man jedoch das Recht zur Ausübung mit dem Nießbrauchsrecht identifiziert, dann kann man davon, daß dieſes ‘ Ausübungsrecht ‘, d. h. der Nießbrauch ſelbſt, mit dinglicher Wirkung erworben werde (23), nicht mehr ſprechen, weil dies durch § 1059 Satz 1 ausdrücklich ausgeſchloſſen iſt.

---

(21) vergl. Eccius Gruch 50, 503; vergl. o. S. 29.

(22) GBO § 24 Anm. 1.

(23) zu diesem Schluß neigt Predari, anstatt in entgegengesetzter Richtung ein eigenes Recht des Ausübenden am Nießbrauch abzulehnen.

§ 8. b. Möglichkeiten der Überlaſſung der Ausübung im allgemeinen.

In Fortführung der Unterſuchung, die bisher das Weſen der Ausübung und die begriffliche Unterſcheidung von Recht und Ausübung zu erbringen verſucht hat, kommen wir nunmehr zu der Frage, in welchen Fällen und in welcher Art es möglich iſt, die Ausübung einem anderen zu übertragen, ſo daß Rechtsträger und Ausübender auseinanderfallen. In Zuſammenhang hiermit wird ſich die Erörterung des hier intereſſierenden Sonderfalles der Überlaſſung der Nießbrauchsausübung ergeben, und die Rechtsnatur des Ausübungsrechtes wird hierbei ihre Löſung finden.

Es iſt eine im Rechtsleben häufige Erſcheinung, daß dem Träger eines Rechtes die Ausübung in mehr oder minder weitem Umfange entzogen wird und auf andere Perſonen übergeht. Es fragt ſich, auf welchen Gründen die Beſchränkung der Ausübung auf Seiten eines Rechtsſubjektes zu Gunſten eines anderen beruhen kann und welches Recht dem Ausübenden erwachſen wird. Aus der grundſätzlichen Zuſammengehörigkeit (Kongruenz) von Recht und Ausübung d.h. aus der Tatſache, daß grundſätzlich das Recht die Quelle der Ausübung iſt, ergibt ſich als nächſtliegende Möglichkeit die, daß die Beſchränkung der Ausübung auf Seiten des Berechtigten und die Überlaſſung an einen anderen nur durch Beſchränkung des Rechtes ſelbſt ſtattfindet (1). Das würde heißen, daß in dieſen Fällen eine Änderung des Rechtsinhaltes erfolgt, um als notwendige Folge hieraus die Ausübung anderen zuzuwenden. In der Tat iſt dieſe Art der Überlaſſung der Ausübung möglich; ſie beſteht in Begründung der ſogenannten abgeleiteten Sachenrechte (2), d.h. in der Schaffung von Grundgerechtigkeiten oder Rechten an fremden Sachen oder fremden Rechten.

(1) Hirsch Seite 32.

(2) Oertmann JheringsJ 66, 143 a.

Durch dieſe Belaſtungen wird dem alten Rechte ſeine urſprüngliche Tragweite genommen, mag man nun das neue belaſtende Recht als aus (3) dem (urſprünglichen) Mutterrecht oder als durch Teilung (4) des urſprünglichen Rechts entſtanden denken. Dafür wird ein neues überlaſtendes Recht geſchaffen. Dieſes ſeinerſeits ermächtigt ſeinen Träger zu beſtimmten Handlungen, die dem Charakter des belaſtenden Rechts entſprechen. Dieſe Handlungen ſtellen die Ausübung dar, die nunmehr vom Inhaber des urſprünglich unbelaſteten Rechts auf den Inhaber der beſtellten Belaſtung zu eigenem Recht übergegangen iſt. Es liegt damit ein Fall vor, wo die Ausübung, wie es natürlich erſcheint, dadurch übertragen iſt, daß man durch Änderung des Rechtsinhaltes auf der einen Seite in der Perſon eines anderen ein dingliches Recht begründet, aus dem die Ausübung nunmehr fließt. Eine Überlaſſung der Ausübung durch Änderung des Rechtsinhaltes mit allen ihren Wirkungen kann logiſcherweiſe überall da zur Entſtehung gebracht werden, wo der Rechtsinhalt in obigem Sinne verändert werden kann, d. h. wo abgeleitete Sachenrechte zur Entſtehung kommen können. In derartigen Fällen wird dann dem Ausübungsberechtigten ein eigenes dingliches Recht zuſtehen, da ſeine Ausübung gerade aus dem ihm beſtellten beſchränkt dinglichen Rechte herrührt.

Vorausſetzung für die Schaffung eines abgeleiteten Rechts iſt nun aber die Übertragbarkeit des belaſteten Rechtes. Denn nur Gegenſtände, bei denen ein derivativer Vollerwerb möglich iſt, können belaſtet werden. Das iſt für die rechtsgeſchäftliche Begründung von Nießbrauchsrechten an Rechten und für die Begründung von einem Pfandrecht an einem Recht klar vom Geſetz ausgeſprochen (§§ 1069 II, 1274 II BGB, § 851 I ZPO). Rechte, die nicht übertragbar ſind, können auch nicht belaſtet werden. Soweit

(3) Hirsch § 5.

(4) Krückmann ArchZivPrax 101, 164; 103, 139.

die Überlaſſung der Ausübung alſo auf dem Wege der Schaffung eines abgeleiteten Sachenrechtes erfolgt, iſt Vorausſetzung, daß es ſich um ein übertragbares Recht handelt. Dieſer Weg, um die Ausübung als aus eigenem dinglichen Recht fließend zu erwerben, iſt in den Fällen verſperrt, wo das urſprüngliche Recht, deſſen Ausübung übergehen ſoll, nicht übertragbar iſt.

Dieſe ſoeben geſchilderte Möglichkeit zur Erreichung einer Überlaſſung der Ausübung iſt nicht die einzige. Es gibt eine weitere, wo ohne Änderung des Rechtsinhaltes eine Beſchränkung der Ausübung auf Seiten des Berechtigten und eine Befugnis zur Ausübung auf Seiten eines anderen erreicht werden kann. Dies geſchieht auf Grund rechtsverbindlicher Verſprechen des Rechtsinhabers, das Recht in gewiſſem Umfange oder im ganzen nicht geltend zu machen (5) und die Ausübung durch einen anderen dulden zu wollen. Es liegt dann der Überlaſſung der Ausübung keine Änderung des Rechtsinhaltes zugrunde, und es wird auf Seiten desjenigen, dem die Ausübung zukommen ſoll, kein beſchränkt dingliches Recht geſchaffen, ſondern es wird ein obligatoriſch wirkender Vertrag geſchloſſen. Dieſer kann von verſchiedenem Inhalt ſein, und ſeine Erfüllung wird nach ſeinem jeweiligen Umfang in einer mehr oder minder umfaſſenden Überlaſſung der Ausübung (Geſtattung der Ausübung) liegen. Es würde ſo eine Miete durch Gewährung des Gebrauchs, eine Pacht durch Geſtattung des Gebrauchs und der Fruchtziehung erfüllt werden.

Was dieſe Fälle der Überlaſſung der Ausübung von den zuerſt angeführten unterſcheidet, iſt die Quelle, aus der die Ausübung dem Ausübenden zufließt. In den zuerſt genannten Fällen liegt ein beſonderes eigenes dingliches Recht vor, aus dem die dieſem Rechte korreſpondierende

(5) Oertmann JheringsJ 66, 143, b.

Ausübung entſpringt; es liegt dabei der Ton mehr auf dem Recht, dem als natürlich eine Ausübung zur Seite ſteht, und man iſt gewohnt, die Schaffung von Belaſtungen nicht unter dem Geſichtspunkt der Überlaſſung der Rechtsausübung ſondern unter dem der Beſtellung dinglicher Rechte zu betrachten, wobei man ſich die neue Ausübung als ſelbſtverſtändlich einhergehend vorſtellt. In den zuletzt genannten Fällen obligatoriſcher Bindung dagegen iſt von einem Sachenrecht nicht die Rede, ſondern hier beruht ſie auf einem obligatoriſchen Verhältnis; ſie tritt mehr in den Vordergrund und erſcheint nicht nur ſekundär als bloßes ſelbſtverſtändliches reales Spiegelbild des dinglichen Rechtes.

Die Fälle, wo die Ausübung durch obligatoriſche Bindung überlaſſen wird, kann man deshalb die Fälle der eigentlichen Überlaſſung der Ausübung bezeichnen. Damit paßt man ſich auch der Ausdrucksweiſe des Geſetzes an, das den Ausdruck: „die Ausübung überlaſſen“ nur für die Fälle gebraucht, wo ohne Änderung des Rechtsinhaltes die Ausübung einem anderen überlaſſen wird, in den Fällen dagegen, wo die Überlaſſung durch Änderung des Rechtsinhaltes erfolgt, nur von der Begründung von Belaſtungen ſpricht.

Von Bedeutung iſt der Unterſchied beider Möglichkeiten für die Rechtsſtellung des Ausübenden, der, in dem einen Falle auf eigenem dinglichen Recht fußend, ſicherer daſteht als in dem anderen Fall, wo er auf einen perſönlichen Anſpruch angewieſen iſt.

Daß die Überlaſſung der Ausübung, die ohne Änderung des Rechtsinhaltes, alſo ohne Begründung eines beſchränkt dinglichen Rechtes auf der Seite des Ausübenden erfolgt, nur obligatoriſche Wirkung haben kann, will durchaus einleuchtend erſcheinen, wenn man die Ausübung ſo verſteht, wie es hier geſchehen iſt. Denn eine Handlung iſt vernünftigerweiſe nur als Gegenſtand eines obligatoriſchen Rechtes denkbar. Es wird jedoch gerade für einen

Fall dieſer Art der Überlaſſung der Ausübung von H. ch eine beſondere Anſchauung vertreten, der auch Oertmann 6) zuzuneigen ſcheint. Hirſch will die Möglichkeit einer s g- lichen Berechtigung auch in dem Falle der ohne Änderung des Rechtsinhalt erfolgten Überlaſſung der Ausübung anerkennen, wo dieſe in Form des von ihm ſogenannten Überlaſſungsgeſchäftes ſtattfindet. Das Überlaſſungsgeſchäft iſt nach Hirſch ein Geſchäft, das ohne Änderung des Rechtsinhaltes die Ausübung einem anderen überträgt, und es ſoll im Gegenſatz zu dem Geſchäft ſtehen, wo ſich der Berechtigte ohne Änderung des Rechtsinhaltes nur verpflichtet, ſein Recht nicht auszuüben (7). Das Überlaſſungsgeſchäft gipfelt immer - und darin liegt ſein entſcheidendes Merkmal - in der Überlaſſung der Ausübung als ganzer und nicht nur zu einem begrenzten Teil. So würde der Fall des Überlaſſungsgeſchäftes gerade für den Nießbrauch zutreffen, da bei dieſem die Ausübung in ihrer Geſamtheit überlaſſen werden kann. Aber der Begriff des Überlaſſungsgeſchäftes läßt ſich als etwas von der gewöhnlichen Überlaſſung der Ausübung Verſchiedenes nicht halten. Wenn die Ausübung eines Rechtes als eine Summe von Handlungen zu beſtimmen iſt, was gerade Hirſch am eingehendſten tut (8), iſt nicht einzuſehen, wie an dieſen Handlungen ein eigenes Recht beſtehen ſollte, „wie dies Verhalten auf einen anderen übertragen werden kann (9)". Das Beſtehen eines beſonderen Ausübungsrechtes aber, das etwa durch das Überlaſſungsgeſchäft übertragen werden ſollte, lehnt Hirſch mit überzeugenden Gründen ab. (10) Ein beſonderes Rechtsinſtitut wie das Überlaſſungsgeſchäft kann deshalb nicht anerkannt werden. Es iſt vielmehr feſtzuſtellen, daß rechtsge-

(6) Oertmann JheringsJ 66, 143.
(7) Hirsch, Übertragung Seiten 187, 314, 357.
(8) " S. 18 ff. und 26.
(9) Heinsheimer KrVJSchr 49, 467.
(10) Hirsch Seite 27.

ſchäftlich grundſätzlich die Ausübung, ſoweit nicht - bei übertragbaren Rechten! - ein abgeleitetes Recht begründet wird, nur im Wege obligatoriſch bindender Abmachung überlaſſen werden kann. Eine weitere Möglichkeit rechtsgeſchäftlicher Überlaſſung iſt im geltenden Recht als Prinzip nicht erſichtlich. Möglichkeiten des Überganges der Ausübung auf Grund nichtrechtsgeſchäftlicher Überlaſſung intereſſieren hier nicht. Dazu gehören insbeſondere die Fälle geſetzlicher Regelung des Überganges der Ausübung im ehelichen Güterrecht und die Fälle behördlicher Anordnung: § 6 KO (11). Für dieſe Arbeit iſt allein die Bedeutung der rechtsgeſchäftlichen Überlaſſung zu prüfen, da § 1059 Satz 2 BGB ein Fall rechtsgeſchäftlicher Überlaſſung iſt, dem, wie oben dargelegt, materiell auch der Fall der Pfändung gemäß § 857 III ZPO zugereiht iſt.

Aus dieſer allgemeinen Feſtſtellung der Möglichkeiten und des Weſens der Überlaſſung der Ausübung im geltenden Recht läßt ſich für die Frage der Überlaſſung der Nießbrauchsausübung Folgendes ſagen: Wenn die dargelegte, durch das ganze Geſetz ſich hindurchziehende Grundregel von den Möglichkeiten rechtsgeſchäftlicher Überlaſſung der Ausübung auf die Überlaſſung der Nießbrauchsausübung Anwendung finden ſoll, ſo wird dem Ausübungsrecht eine dingliche Natur nicht zugeſprochen werden können. Denn unter die durch Änderung des Rechtsinhaltes geſchaffene Überlaſſung der Ausübung fällt die im Satz 2 § 1059 zugelaſſene nicht. Dafür iſt ein übertragbares Recht grundſätzlich Vorausſetzung, und an dieſer fehlt es beim Nießbrauch. Die weitere Möglichkeit aber beruht auf der Grundlage eines obligatoriſchen Vertrages.

Zu einem anderen als dieſem der Grundanſchauung des Geſetzes entſprechenden Ergebnis wird man nur kommen können, wenn und ſoweit das Geſetz möglicher-

(11) Fälle, in denen das Verwaltungsrecht entzogen bzw. beschränkt wird, und die Ausübung insoweit verloren geht.

weise gerade für den Nießbrauch anders zu verstehen sein sollte. Fehlt es jedoch an einer gesetzlich zugelassenen Ausnahme, so wird man nicht von dem Resultat, das die gesamte Struktur unseres Rechts vorzeichnet, und was soeben angedeutet wurde, abweichen können, ohne dem Grundprinzip des Gesetzes entgegen zu entscheiden.

3. Kapitel.

Ausbau der Untersuchung durch Prüfung der Meinungen des Schrifttums.

§ 9. a. Die Lehre Kohlers.

Die Prüfung der Frage, ob das Gesetz für den Nießbrauch eine Ausnahme von seinem Grundsystem zuläßt wird am zweckmäßigsten derart durchgeführt werden, daß soweit es noch nicht geschehen ist(1), diejenigen Meinungen einer Betrachtung unterzogen werden, die sich bisher für eine Dinglichkeit des Nießbrauchsausübungsrechtes eingesetzt (2) und damit behauptet haben, daß § 1059 Satz 2 anders zu verstehen sei, als er unserer Ansicht nach verstanden werden müßte, wenn er einen gewöhnlichen Fall der Überlassung der Ausübung geregelt hat. Wir werden uns zuerst mit den Meinungen befassen, die eine beschränkte Übertragung oder Belastung des Nießbrauchs im Falle des § 1059 Satz 2, sei es immer (3), sei es für einzelne Fälle(4) annehmen.

Kohler hat seine im Gemeinen Recht vertretene Meinung(5), wonach das Recht des Ausübenden ein selbständiges,

(1) so ist bereits die Auffassung, daß eine Übertragung des ‚Rechtes auf Ausübung' möglich sei, abgetan; vergl. o. Seite 37; ebenfalls besprochen ist die Lehre vom Überlassungsgeschäft vergl. S. 42.
(2) vergl. d o. S. 29 angeführten.
(3) Eccius, Kohler, Kretzschmar.
(4) Oertmann, Mitteis a.a.O.
(5) Pfandrechtliche Forschungen S. 191.

dingliches Recht ſei, auch für das geltende Recht (6) beibehalten. Danach ſoll zwar der Nießbrauch als ſolcher unübertragbar ſein, wohl aber ein dingliches Recht daraus im Umfange des Hauptrechtes. Dieſes Nebenrecht (ius in re) ſoll ſich zum Nießbrauch verhalten wie das Hauptrecht zum Eigentum. Kohlers Auffaſſung will alſo ſagen, daß der Ausſchluß der Übertragbarkeit des Nießbrauchs nur ſoviel zu bedeuten hätte, daß der Nießbrauh als ſolcher nicht übertragen werden könne, wie etwa die Hypothek an einer Sache übertragbar iſt. Nicht aber ſei mit dem Ausſchluß der Übertragbarkeit die Möglichkeit der Belaſtung genommen; dieſe ſei durch Überlaſſung der Ausübung zuläßig im Umfange des Hauptrechtes wie etwa eine Hypothek mit einem Pfandrecht oder noch treffender mit einem Nießbrauch belaſtet werden könnte. Abgeſehen davon, daß die Beſtimmung der Unübertragbarkeit nicht verſtändlich wäre, wenn dem Dritten doch ein dingliches Recht im Umfange des Nießbrauchs zuſtehen könnte (7), widerſpricht es unſerem Geſetz eine Belaſtung - und etwas anderes iſt das ius in re Kohlers nicht - dort zuzulaſſen, wo eine Übertragbarkeit unterſagt iſt. Die §§ 1069 II, 1274 II ſtellen eindeutig den Rechtsgrundſatz auf, daß nur übertragbare Rechte belaſtet werden können und dies aus dem gleichen Grunde, der an erſter Stelle gegen die Anſicht Kohlers vorgebracht wurde, die Unübertragbarkeit eines Rechtes wäre praktiſch ohne Sinn, wollte man ihrer Umgehung durch die Zulaſſung von Belaſtungen Tür und Tor öffnen. Die Annahme Kohlers iſt mit dem Geſetz nicht vereinbar.

§ 10. b. Die Auffaſſungen von Eccius, Kretzſchmar, ſowie die übrigen Meinungen aus dem Schrifttum.

Was den inneren Gehalt der von Eccius vertretenen Auffaſſung, insbeſondere ihre Gründe anlangt, ſo iſt

(6) Kohler-Holtzendorff Enzyklop II § 48, 55 f.; Kohler Sach R § 107 V, II b
(7) KGJ 40, 256.

hierüber wenig zu ſagen. Eccius geht davon aus, daß es klar (!) iſt, daß aus der im § 837 III gewährten Pfändungsmöglichkeit ein dingliches Recht entſtehen ſoll; hiergegen haben wir uns bereits gewandt (1). Die dingliche Wirkung auch für die Überlaſſung der Ausübung im Wege des § 1059 Satz 2 behauptet Eccius aus dem Grunde, weil im römiſchen Recht die Übertragung der Ausübung einen dinglichen Schutz gewährte. Es iſt aber nicht angängig, in unſerer Frage auf das Gemeine Recht zurückzugreifen. Gerade die genaue Prüfung der gemeinrechtlichen Anſchauung hat uns in den Stand geſetzt zu erkennen, daß zwar das Gemeine Recht auf der Annahme eines Ausübungsrechtes baſiert, daß dieſes Inſtitut aber in unſerer geltenden Rechtsordnung nicht anerkannt werden kann. Eccius geht von einer falſchen Grundlage aus und gelangt deshalb zu einem unrichtigen Ergebnis.

Anders liegt es mit der Meinung von Kretzſchmar, die dieſer, angeregt durch Eccius, vorgetragen und vorwiegend aus dem geltenden Recht begründet hat. Gerade durch den letzteren Umſtand iſt die Arbeit von Kretzſchmar überaus fördernd geworden, denn es ſind nicht mehr die ſchwachen Belege aus der Zeit des Gemeinen Rechts ſondern gewichtige Unterſuchungen des geltenden Rechts, die Kretzſchmar zur Stützung ſeiner Anſicht angibt und durchführt. Die Anſchauung Kretzſchmars wird genau zu prüfen ſein und Gelegenheit bieten, die bisher unerörtert gebliebene Frage vom Verhältnis der Überlaſſung der Ausübung zur Miete und Pacht eingehend zu klären.

Kretzſchmar geht davon aus, daß die Überlaſſung der Ausübung eines Nießbrauchs einerſeits und die Vermietung oder Verpachtung des mit dem Nießbrauch belaſteteten Grundſtückes andererſeits von einander begrifflich verſchiedene Rechtsvorgänge ſeien. Die Überlaſſung des Nießbrauchs könne nicht nur entgeltlich, wie auf Grund eines

(1) vgl. o. Seite 3 f.

Kaufvertrages oder Pachtvertrages sondern auch im Gegensatz zur Pacht und Miete unentgeltlich erfolgen. Das Wesen der Überlassung der Ausübung des Nießbrauchs bestehe in einer Entäußerung des dem Nießbraucher zustehenden Nutzungsrechtes durch Übertragung an einen anderen, dem fortan an Stelle des Nießbrauchers die Ausübung dieses Rechtes zustehe. Anders sei es bei Vermietung und Verpachtung eines Grundstückes, bei denen der Nießbraucher sich seiner Nutzung nicht begebe, sondern diese allerdings nicht in Gestalt natürlicher, dafür aber in Gestalt bürgerlicher Rechte weiterziehe. (§§ 99, 100) Die Vermietung und Verpachtung eines Grundstücks bildeten demnach der Eigennutzung inhaltlich gleichwertige Formen der Ausnutzung des Rechtes und enthielten eine Selbstausübung in anderer Form nicht aber eine Überlassung der Ausübung an einen anderen. Hierin sei die begriffliche Verschiedenheit zwischen Miete und Pacht einerseits und Überlassung der Ausübung andererseits zu sehen.

Aus dieser begrifflichen Scheidung zieht Kretzschmar die Folgerung, daß mit der Bestimmung des § 1059 Satz 2 notwendig dem Ausübenden ein stärkeres Recht als das Pacht- oder Mietrecht erwachsen müsse. § 1059 Satz 2 sei dahin zu verstehen, daß das Gesetz eine auf die Ausübung beschränkte Übertragung des Rechts schaffen wollte. Damit kommt Kretzschmar zu dem gleichen Ergebnis wie schon Eccius vor ihm, jedoch auf Grund einer neuen (2), auf dem positiven Recht aufbauenden und auf den ersten Blick durchaus schlüssig erscheinenden Argumentation.

Wenn Kretzschmar davon ausgeht, daß die in den Kommentaren vielfach vertretene Gleichstellung von Miete, Pacht und Nießbrauchsüberlassung unzutreffend sei, so ist ihm darin beizupflichten. Die Art jedoch, wie Kretzschmar

(2) Eccius hatte auf den Unterschied von Miete und Pacht und Überlassung der Ausübung hingewiesen, ohne ihn jedoch zu klären.

verſucht, hier einen Unterſchied feſtzuſtellen, indem er darauf abſtellt; ob der Nießbraucher noch ſelbſt ausübt, oder ob er ſich zu Gunſten eines anderen der Ausübung gänzlich begeben habe, iſt bei näherer Betrachtung nicht ſtichhaltig. Auch wir werden verſuchen, die genannten Rechtsinſtitute begrifflich zu ſcheiden, doch in einem anderen als dem von Kretzſchmar vorgeſchlagenen Sinn.

An zwei Beiſpielen läßt ſich die Fehlerhaftigkeit des Kriteriums, das Kretzſchmar für die Unterſcheidung gibt, darlegen. Kretzſchmar führt bei Aufzählung der verſchiedenen Möglichkeiten der Überlaſſung den Fall an daß der Nießbraucher ſeine Ausübung verpachtet. In dieſem Fall dient die Überlaſſung dem Zwecke der Gewinnung bürgerlicher Früchte, denn daß die Pachtzinſen nicht nur bei Verpachtung eines Grundſtückes ſondern auch bei Verpachtung der Ausübung des Nießbrauchs ſelbſt Zivilfrüchte ſind, iſt nicht zu bezweifeln(§ 99 III BGB). Nach Kretzſchmar würde damit feſtſtehen, daß der Nießbraucher in dieſem Fall garnicht die Ausübung überlaſſen hat, da er ſich noch in mittelbarer Fruchtziehung befindet. Es würde die Überlaſſung der Ausübung alſo auf den Fall unentgeltlicher Überlaſſung beſchränken, denn auch im Falle der Überlaſſung der Ausübung gegen eine einmalige Bezahlung liegt in dieſer eine bürgerliche Frucht.(3)

Der zweite Fall, der gegen die Beſtimmung Kretzſchmars ſpricht, ergibt ſich aus folgendem: Kretzſchmar ſagt, die Vermietung eines Grundſtücks, auf dem der Nießbrauch laſte, ſei Eigennutzung des Nießbrauchers wegen der Mietzinſen, die ihm als bürgerliche Frucht zufallen. Wenn nun der Nießbraucher das Grundſtück nicht vermietet ſondern unentgeltlich überläßt, dann kann von Ziehung eigener Nutzung nicht mehr die Rede ſein; der Nießbraucher erhält nichts, was die Annahme einer der Eigennutzung

(3) Arndts, Ziviliſtiſche Schriften I Seite 171 (No. 17: Verpachtung durch Nutznießer).

gleichwertigen Benutzungsart rechtfertigen würde, während der unentgeltlich Nutzende den Nießbrauch in Bezug auf das Grundstück ausübt. In diesem Fall müßte Kretzschmar folgerichtig eine Überlassung der Ausübung in Bezug auf das Grundstück annehmen, wenn er es konsequent darauf abstellt, ob der Nießbraucher sein Recht nutzt oder nicht.

Das würde also dazu führen, daß eine Überlassung der Nießbrauchsausübung nur angenommen werden kann, wenn eine unentgeltliche Gewährung der Ausübung vorliegt. Derjenige, der die Befugnis hat, den Nießbrauch in vollem Umfange zu nutzen, wäre Nießbrauchsausübungsberechtigter, solange er nicht Entgelt zu bezahlen hätte. In dem Augenblick aber, wo er für seine Nutzung einen Zins entrichten würde, wäre er nicht mehr Ausübender, mag auch die Nutzungsweise, zu der er befugt ist, ganz die gleiche bleiben.

Die praktischen Konsequenzen dieser Betrachtung sind eigentümlich. Einmal gäbe es kaum eine Überlassung der Ausübung, da der Nießbraucher grundsätzlich sein Recht nur gegen Entgelt, und zwar gewöhnlich auf Grund eines Pachtvertrages, durch einen anderen auszuüben gestattet, während eine schenkweise Gewährung keine bedeutende Rolle spielt. Weiterhin ergäbe sich, daß derjenige, der für sein Nutzungsrecht nichts bezahlt, als Ausübungsberechtigter die bessere Position, die Kretzschmar diesem einräumt, innehätte, während der entgeltliche Nutzzieher, der es weit eher verdiente, diese Besserstellung zu erhalten, nicht geschützt würde. Hierin liegt eine Verdrehung jeder vernünftigen Verteilung von Vorteil und Nachteil.

Man sieht, das Kriterium, welches Kretzschmar vorschlägt: nur wo keine Eigennutzung des Nießbrauchers vorliegt, ist eine Überlassung der Ausübung gegeben, - führt zu derart seltsamen Ergebnissen, daß es naheliegt, daß das Unterscheidungsmerkmal selbst fehlerhaft bestimmt ist. Und in der Tat ist das Verhältnis von Überlassung der Ausübung

zu den einzelnen obligatorischen Verträgen von viel grundsätzlicherer Verschiedenheit, als sie durch die Abteilung auf die Ausübung oder Nichtausübung des Nießbrauchs zum Ausdruck kommt.

Die Überlassung der Ausübung ist nichts anderes als die Art, in der obligatorische Verträge erfüllt werden, die - mit Ausnahme des Besitzes - nicht auf dingliche Rechtsänderung zielen, wohl aber Gestattung der Ausübung eines Rechtes zum Inhalt haben. So wird der Mietvertrag über ein Buch durch Überlassung der Ausübung erfüllt, indem der Gebrauch des Buches als ein dem Vermieter (Eigentümer) zustehender Teil der Ausübung dem Mieter überlassen wird. So werden ein Pachtvertrag, ein Leihvertrag, ein Vertrag über unentgeltlichen Gebrauch oder unentgeltliche Fruchtziehung eines Grundstückes durch Überlassung der Ausübung, d.h. durch Überlassung des Besitzes, des Gebrauches, der Nutzung usw. (4) erfüllt.

Die Überlassung der Ausübung hat ein kausales Verhältnis zur Voraussetzung, das ihren Umfang bestimmt, während sie selbst reale Erfüllung des kausalen Geschäftes ist (5). Aber es ist stets eine Erfüllung, die nicht in einer dinglichen Rechtsänderung besteht sondern nur den Zustand herstellt, der einer bestimmten obligatorischen Dauerbeziehung entspricht, die keine dingliche Änderung zum Ziele hat.

Die Überlassung der Ausübung ist der Ggeenstand zahlreicher Vertragstypen (6). Selbst der Kauf und die Schenkung können als Grund der Überlassung der Ausübung erscheinen. Dort, wo die Überlassung der Ausübung gegen einmaliges Entgelt erfolgt (7), müssen die Grundsätze vom Kauf zur Anwendung kommen, dort, wo sie unentgeltlich

(4) vergl. hierzu Wolff § 118 Anm. 6.
(5) vergl. Goldmann-Lilienthal § 57 Anm. 10.
(6) hierzu s. Crome, Rechte an Sachen und Rechten, S. 436 III mit Anm. 47, 48.
(7) Beispiel bei Goldmann-Lilienthal § 57 Anm. 10.

übergeht, kommt neben der Leihe die Schenkung in Betracht.

Ob der Überlaſſende weiter nutzt, durch die Zinſen z. B., iſt ohne Belang und hat nur die Bedeutung, daß zwei nutzende Parteien vorhanden ſind. Die Überlaſſung an den anderen wird dadurch nicht aufgehoben (8). Sie iſt in jeder auch nur teilweiſen Geſtattung der Ausübung nießbrauchlicher Rechte zu ſehen. Ob ſie durch die Überlaſſung des Nießbrauchs im ganzen erfolgt oder durch Überlaſſung desſelben nur in Beziehung auf ein dem Nießbraucher unterſtelltes Grundſtück, ändert lediglich den Umfang, nicht das Weſen der Überlaſſung (9). Planck (10) und Staudinger (11) heben hervor, daß mit der mietweiſen Überlaſſung der Ausübung des Nießbrauchs an einer Sache nicht der Fall verwechſelt werden dürfe, daß der Nießbraucher ſeinerſeits Nutzung aus der Sache dadurch zieht, daß er ſie vermietet. Dieſe Unterſcheidung iſt jedoch nicht klar und ungerechtfertigt; denn wie ſollte der Nießbraucher die Ausübung des Nießbrauchs an einer Sache mietweiſe anders überlaſſen als durch Vermietung der Sache ſelbſt? So ſagt denn auch Planck (12) ſelbſt: „Zudem wird ſich die Unterſcheidung, ob die Sache vermietet oder die Ausübung des Nießbrauchs mietweiſe überlaſſen iſt, praktiſch oft garnicht durchführen laſſen.“ Weiter vermag denn Planck ſeiner Unterſcheidung nicht gerecht zu werden; denn er führt an, daß bei der Beendigung des Nießbrauchs im Falle einer Überlaſſung der Ausübung an einem Grundſtück durch Mietvertrag dem Mieter § 1056 zuſtatten käme. § 1056 ſchützt aber ausdrücklich den Mieter des Grundſtücks ſelbſt. Wenn Planck demnach § 1056 als eine Schutzvorſchrift für den Ausübungsberechtigten bezeichnet, ſo muß er den Mieter und Pächter

(8) Wolff § 118 Anm. 6.
(9) s. Wolff § 118 I.
(10) § 1059 Anm. 3.
(11) § 1059, 2 a.
(12) § 1059 Anm. 3.

des Grundstücks auch als Ausübungsberechtigte angesehen haben. Mit Recht sagt Biermann: „Die Ausübung steht und fällt mit dem Nießbrauch. Doch wird der Ausübende in den praktisch wichtigsten Fällen durch die Vorschriften des § 1056 genügend geschützt." (13) Biermann setzt also voraus, daß die Vermietung des Grundstücks unter die bedeutendsten Fälle der Überlassung der Ausübung gehört.

Jaeger (14) führt für die Behauptung, daß § 1059 nicht an Fälle der Vermietung oder Verpachtung der Nießbrauchssache denke, die systematische Stellung dieser Bestimmung ins Feld. Er sagt, daß die Zulässigkeit einer Ausnützung des Nießbrauchs im Wege der Vermietung oder Verpachtung der mit dem Nießbrauch belasteten Sache bereits im § 1056 als selbstverständlich vorausgesetzt sei. § 1059 Satz 2 müßte als besondere Vorschrift also eine weitergehende Ermächtigung enthalten. Das ist insoweit zutreffend, als § 1059 auch noch andere Fälle der Überlassung der Ausübung als Miete oder Pacht der Sache gestatten will, z. B. Verkauf der Ausübung in vollem Umfange, aber nicht ist daraus zu entnehmen, daß Miete und Pacht der Nießbrauchssache garnicht unter § 1059 Satz 2 fallen sollen. Es läßt sich auch nicht absehen, weshalb eine Übertragung des Mietbesitzes und eine positive Gestattung der Vornahme der tatsächlichen und rechtsgeschäftlichen Handlungen des Nießbrauchers durch den Grundstücksmieter (Pächter) nicht eine Überlassung der Nießbrauchsausübung sein sollten (15). Mit Recht wurden auch in der II. Kommission der Mieter und Pächter des Nießbrauchsgrundstückes als Ausübungsberechtigte im Sinne des § 1059 angesehen; dem Antrage, der dem heutigen § 1056 entspricht, wurde die Bedeutung beigelegt, daß diese Vorschrift die praktischen Hauptfälle der Überlassung

(13) § 1059, 2, e.
(14) KO § 1 Anm. 39.
(15) vergl. Wolff SachR § 118 Anm. 6;
gleicher Ansicht RGRäte Komm. § 1059 Anm. 1.

der Ausübung treffen und den Ausübungsberechtigten ſchützen ſolle (16).

Die Überlaſſung unterſcheidet ſich demnach von obligatoriſchen Verträgen wie Miete und Pacht dadurch, daß ſie die Erfüllungsform dieſer Verträge darſtellt und ohne Anſehung des jeweiligen Grundgeſchäftes (17) ſtets in der tatſächlichen Geſtattung der Ausübung liegt. Was die Folgerungen angeht, die Kretzſchmar aus ſeiner Auffaſſung herleitet, ſo ſind dieſe mangels der Richtigkeit ſeines Ausgangspunktes ebenfalls als unrichtig anzuſehen. Die Überlaſſung der Nießbrauchsausübung ſchafft nicht ein inhaltlich der Miete oder Pacht überlegenes Recht, dem dingliche Kraft zuzuſprechen iſt. Der Begriff der Überlaſſung der Ausübung ſteht nicht im Verhältnis eines inhaltlich ſtärkeren Rechtes gegenüber der Miete und Pacht als den inhaltlich ſchwächeren Rechten, ſie iſt vielmehr der umfaſſende Ausdruck für die Erfüllungsart ſämtlicher auf Überlaſſung der Ausübung gerichteten Verträge und hat im § 1059 Satz 2 ihren Platz gefunden, weil es umſtändlich geweſen wäre, alle Einzelformen der Ausübungsverpflichtungen und ihre Erfüllung durch Überlaſſung der Ausübung aufzuführen. Mag auch der Umfang, in dem die Ausübung überlaſſen wird, in den einzelnen Fällen verſchieden ſein (Geſtattung des Gebrauchs bei Miete, Geſtattung des Gebrauchs und der Fruchtziehung bei Pacht), ſo ſind doch ſämtliche Fälle dem Oberbegriff der Überlaſſung der Ausübung unterzuordnen. Durch die Geſtattung der Überlaſſung der Ausübung in § 1059 Satz 2, als der allen Verpflichtungsformen gemeinſamen Erfüllungsform, iſt kurz und erſchöpfend angegeben, daß damit auch alle die obligatoriſchen Bindungen (nebſt ihrer Erfüllung) zuläſſig ſein ſollen, die überhaupt als Grundgeſchäfte für eine

(16) Protokolle S. 4101; Mugdan SachR S. 762; ſo auch Dernburg SachR § 190 II 3.

(17) Alſo gleichgültig, ob dieſes dem Rechtsinhaber bürgerliche Früchte und damit Eigennutzung vermittelt oder nicht.

Überlaſſung der Ausübung im eigentlichen Sinne in Betracht kommen.

Ein Argument für die Dinglichkeit des Ausübungsrechtes iſt aus der begrifflichen Verſchiedenheit der Einzelobligationen zur Ausübungsüberlaſſung nicht zu gewinnen.

Auch die Auffaſſung iſt nicht zu billigen, daß je nach der Eigenart des der Überlaſſung zu Grunde liegenden Kaufalgeſchäfts, das Ausübungsrecht bald dinglich bald obligatoriſch auszugeſtalten ſei (18). Selbſt in Fällen der Überlaſſung der Ausübung auf Grund einer Schenkung oder eines Kaufes bleibt ſie die Erfüllung der obligatoriſchen Verhältniſſe ohne Rechtsinhaltsänderung und verſchafft demnach weder einen Zweitnießbrauch noch ſonſtige dingliche Rechte am Nießbrauch.

Wenn ſich ſomit die vorliegende Arbeit inſoweit nicht der Auffaſſung, die Kretzſchmar vertritt, anzuſchließen vermochte, ſo ſteht doch außer Zweifel, daß die Unterſuchungen Kretzſchmars hinſichtlich der begrifflichen Scheidung von Ausübungsüberlaſſung und Miete und Pacht für eine Löſung der hier behandelten Problemlage ſehr wertvoll geweſen ſind und zu Betrachtungen angeregt haben, die in Richtung einer umſo gründlicheren Klärung des ganzen Streitſtoffes liegen.

Wenn Kretzſchmar weiterhin meint, die obligatoriſche Überlaßbarkeit ſei ſelbſtverſtändlich und deshalb deute die Beſtimmung, die ſie noch ausdrücklich zuläßt, daraufhin, daß hier nicht nur ein obligatoriſches ſondern ein dingliches Recht geſchaffen werden könne, ſo iſt dieſe Anſicht nicht zu billigen. Bei übertragbaren Rechten wird die Überlaſſung der Ausübung im Wege obligatoriſcher Bindung allerdings ſtets möglich ſein; das folgt daraus, daß das Geſetz nur bei unübertragbaren Rechten die Überlaßbarkeit beſtimmt, bei übertragbaren alſo wohl davon ausgeht, daß hier die Überlaßbarkeit ſelbſtverſtändlich iſt. Bei unübertragbaren

(18) Oertmann JheringsJ 66, 144; Cosack-Mitteis SachR § 67 III, 1.

Rechten verſteht ſich die Zuläſſigkeit der Überlaſſung der Ausübung dagegen nicht von ſelbſt; hier iſt ſie für den einzelnen Fall beſonders geregelt worden. Es beſteht keine grundſätzliche Regel, daß ein unübertragbares Recht ſeinem ganzen Umfange nach überlaſſen werden kann. Bei Mitgliedſchaftsrechten und beſchränkt perſönlichen Dienſtbarkeiten, die beide unübertragbar ſind, iſt die Überlaßbarkeit grundſätzlich ausgeſchloſſen und nur ausnahmsweiſe geſtattet (§§ 38, 40, 1092). Beſonders die Beſchränkung der Überlaßbarkeit im letzteren Falle iſt hier hervorzuheben und macht begreiflich, wenn das Geſetz wegen des ſyſtematiſchen Zuſammenhanges der beſchränkt perſönlichen Dienſtbarkeiten und des Nießbrauchs auch bei letzterem eine poſitive Beſtimmung über die Überlaßbarkeit getroffen hat.

Die Auffaſſung von einer nur obligatoriſchen Natur des Ausübungsrechtes muß alſo auch gegenüber dieſem Einwand aufrecht erhalten werden.

Schließlich bringt Kretzſchmar als letztes Belegſtück für ſeine Auffaſſung vor, daß „die beſte Probe auf die Dinglichkeit" (19) der Überlaſſung der Ausübung in der Tatſache zu finden ſei, daß, wenn ein perſönlicher Gläubiger des Nießbrauchers den Mietzins pfänden laſſe, der Ausüber ohne weiteres die Widerſpruchsklage erheben könne und hierzu keine beſondere Abtretung des Zinſes erforderlich ſei. Was Kretzſchmar hiermit behauptet, iſt nichts anderes, als die in jüngſter Zeit vom Reichsgericht (20) in allerdings etwas eingeſchränkterer Form vertretene Anſicht, daß die Nießbrauchsüberlaſſung nicht n u r ſchuldrechtliche Befugniſſe zu begründen brauche. Dieſer Teil der Anſicht Kretzſchmars braucht nicht auf der Stelle erörtert zu werden. Er gibt uns, da er an einen in der Rechtſprechung anzutreffenden Gedanken anklingt, eine erwünſchte Gelegenheit, die Stellungnahme der Praxis zum vorliegenden Problem einer Prüfung zu unterziehen. In Zuſammenhang damit wird dann der

(19) Gruch 65, 438. (20) RGZiv 101, 5 f.

zuletzt vorgetragne Gedanke von Kretzschmar von selbst seine Behandlung und Beurteilung finden.

4. Kapitel.

§ 11 Ausbau der Untersuchung durch Prüfung der Stellungnahme der Rechtsprechung.

Das Kammergericht hat als obere Instanz für Beschwerden in Grundbuchsachen mehrfach mit dem vorliegenden Problem zu tun gehabt. Bei der Frage, ob das bei Pfändung des Nießbrauchs der Ausübung nach entstehende Recht eintragungsfähig sei (1), ergab sich zwangsläufig die Prüfung, ob dieses Recht dinglicher oder obligatorischer Natur sei, da hiervon die Zulässigkeit der Eintragung abhängig war. Hierbei hat dann das Kammergericht seinen Standpunkt zu der Frage nach der rechtlichen Natur der Überlassung der Ausübung durchaus eindeutig formuliert. In KGJ 40, 256 sagt es: „Diese Absicht" - des Gesetzgebers -„ist auch in dem Gesetze selbst verwirklicht worden. Denn, wenn durch die Überlassung der Ausübung des Nießbrauchs ein neues dingliches Recht hätte geschaffen werden sollen, so wäre es nicht verständlich, warum die Übertragung des Nießbrauchs ausgeschlossen worden wäre. Diese Ausschließung kann nur darauf beruhen, daß ein dingliches Recht aus dem Nießbrauche für einen Dritten nicht zulässig sein sollte. Es würde also dem Sinne des Gesetzes widersprechen, wenn ein solches dingliches Recht auf dem Umwege über § 1059 Satz 2 eingeführt würde. Die Überlassung der Ausübung des Nießbrauchs hat daher nur schuldrechtliche Wirkungen." Die gleiche Auffassung findet man in einer jüngeren Entscheidung(2). Auch hier begründet das Kammergericht seine Annahme der nur schuldrechtlichen Natur damit, daß die Ausschließung der Übertragbarkeit nach dem Sinne des Gesetzes - nicht nur des Gesetzgebers - Ausschluß jedes

(1) KGJ 40, 257. (2) KGJ 48, 212.

dinglichen Rechtes am Nießbrauch bedeute. Die intereſſanteſte und jüngſte Entſcheidung ſtammt vom 6. Juli 1922 (3) und gewährt in ihrer Begründung eine Behandlung der modernen Auffaſſungen von einer dinglichen Natur der Überlaſſung der Nießbrauchsausübung. Es handelt ſich auch in dem dieſer Entſcheidung zu Grunde liegenden Sachverhalt um die Frage der Eintragungsfähigkeit der Überlaſſung der Nießbrauchsausübung. Das Kammergericht ſchränkt in der Begründung ſeinen bis dahin vertretenen Standpunkt ein wenig ein, läßt aber von ſeiner Grundanſchauung nicht ab. Einſchränkend will es die Möglichkeit anerkennen, daß mittels der Überlaſſung der Ausübung die aus dem Nießbrauch fließenden Einzelrechte dinglich übergehen können. Dieſe Angabe findet ihre Erläuterung darin, daß unter übertragbaren Einzelrechten Fälle zu verſtehen ſein ſollen wie die Übertragung von Mietzinsforderungen und des Rechtes, Mietsverträge über das Grundſtück abzuſchließen.

Die Rechtſprechung des Kammergerichtes bietet in den angeführten Entſcheidungen ein erfreulich klares Bild. Beſonders das letzte Erkenntnis gibt eine breit angelegte Begründung, auf deren maßgebende Geſichtspunkte hingewieſen iſt.

Im Kerne von der gleichen Auffaſſung ausgehend hat das Reichsgericht geurteilt (4). Sein Standpunkt findet ſich ausführlich in der Entſcheidung vom 20. 10. 20 (5). Der Sachverhalt iſt folgender: An einem Grundſtück des A waren folgende Rechte beſtellt: eine Hypothek für Z, eine Hypothek für B und dahinter ein Nießbrauch für Z zur Sicherung ſeiner vor B eingetragenen Hypothek. Z zedierte ſeine Hypothek an K und überließ ihm zugleich die Ausübung ſeines Nießbrauchs. B erwirkte auf Grund eines vollſtreckbaren Titels wegen ſeiner Hypothek die Pfändung

(3) OLGE 43, 7.
(4) vergl. Warn. Erg. 1912 Nr. 344; RGZiv 88, 101.
(5) RGZiv 101, 5 ff.

der Mietzinſen des Grundſtücks. Hiergegen erhob K Widerſpruchsklage unter Berufung auf die ihm überlaſſene Nießbrauchsausübung. Das Reichsgericht führt dazu - unſere Frage betreffend - folgendes aus: „Wäre der herrſchenden Anſicht" - von der rein obligatoriſchen Wirkung der Nießbrauchsausübung - „beizutreten, dann könnte dem Kläger das Recht zur Widerſpruchsklage nicht zugeſtanden werden. Denn rein obligatoriſche Anſprüche enthalten kein die Veräußerung hinderndes Recht im Sinne des § 771 ZPO Aber in ſolcher Allgemeinheit kann der Satz, daß bei der Überlaſſung der Nießbrauchsausübung das Recht im Vermögen des Nießbrauchers zurückbleibt, und der Erwerber nur die ſchuldrechtliche Befugnis erhält, die aus dem Nießbrauch fließenden Rechte für eigene Rechnung geltend zu machen, nicht anerkannt werden. ..... Auch für das jetzige Recht iſt nicht unmöglich, daß der Nießbraucher, mag er auch den Nießbrauch in ſeiner Geſamtheit, d.h. das Stammrecht, dem Dritten nicht übertragen können, die ihm aus dem Nießbrauch fließenden Einzelrechte, ſoweit ſie beſtimmt oder beſtimmbar ſind, dem Dritten mit dinglicher Kraft überläßt und dies durch die Überlaſſung der Ausübung des Nießbrauchs zum Ausdruck bringt. ..... Ob eine Überlaſſung beabſichtigt oder erfolgt iſt, hängt vom Einzelfall ab. In der Regel wird ſie, in der bloßen Übertragung der Nießbrauchsausübung nicht liegen, denn das käme auf eine tatſächliche Übertragung des Nießbrauchs hinaus. Der Ausüber des Nießbrauchs ſoll nach dem Willen des Geſetzes aber etwas vom Nießbrauch Verſchiedenes und Schwächeres erwerben. Sollen deshalb die Befugniſſe des Nießbrauchers, namentlich auch die Anſprüche auf die Mieten, ihrer Subſtanz nach auf den Ausübungsberechtigten übergehen, ... ſo müſſen für eine ſo weitgehende Auslegung des Parteiwillens beſondere Umſtände ſprechen.

Überblickt man die etwas verklauſuliert vorgetragene Anſicht des Reichsgerichts, ſo erkennt man als ihren

wesentlichen Gehalt, daß dem Nießbraucher gestattet sein soll, aus dem Nießbrauch entspringende Einzelrechte; soweit sie bestimmt oder bestimmbar sind, dem Dritten zu eigenem Rechte zu überlassen und dies unter Umständen durch die Überlassung der Ausübung zum Ausdruck zu bringen. Derartige Einzelrechte sind nicht nur die Mietsansprüche, sondern hierher gehören des weiteren das Recht zu vermieten, zu verpachten, die Befugnis zur Geltendmachung der hieraus resultierenden Ansprüche gegen Dritte, insbesondere das Recht zur Einziehung der Forderung und zur Kündigung (6).

Es leuchtet ohne weiteres ein, daß diese Auffassung des Reichsgerichts zu einer bedeutenden Stärkung der Rechtsposition des Ausübenden beiträgt. In folgendem soll gezeigt werden, daß dem Reichsgericht durchaus beigepflichtet werden kann und daß die Übertragung der Einzelrechte mit der durch § 1059 Satz 2 gebotenen grundsätzlich schuldrechtlichen Natur des Ausübungsrechtes wohl vereinbar ist.

Wenn ein Nießbraucher fällige Forderungen aus einem auf Grund seines Nießbrauches geschlossenen Miet- oder Pachtvertrage hat, so ist sicher, daß er sie gemäß § 393 abtreten kann. Geschieht dies an denjenigen, dem er die Ausübung seines Rechtes überläßt, so wird der Ausübungsberechtigte Gläubiger dieser Forderung und kann sie auch gegenüber einer Pfändung durchsetzen, die auf Grund einer Forderung eines Dritten gegen den Nießbraucher erfolgt. Nun ist nicht einmal erforderlich, daß die Forderung des Nießbrauchers bei Abtretung schon fällig ist. Es kann die erst künftig fällig werdende (7), ja sogar die künftige (8) abgetreten werden, mit anderen Worten es ist gleichgültig, ob es sich um eine lediglich betagte, oder um eine solche handelt, bei welcher der Entstehungstatbestand

(6) JW 1912, 870 Nr. 29; Gruch 56. 975; Recht 1916 Nr. 683; RGRäte Komm. § 1059 Anm. 1; Wolff SachR § 1181.

(7) Enneccerus Allg. Teil § 185 I, 3a Anm. 1; Schuldverhältnisse § 302 II 2 u. Anm. 14.

(8) RGZiv 55, 334; 58, 72; 67, 166; Gruch 48, 891; 52. 958.

noch nicht gegeben ist. Daß die Forderung für den Nießbraucher außerdem bedingt ist durch das Erleben ihrer Fälligkeit (§ 1061 Satz 1), verhindert eine Abtretung nicht (9). Falls nun bei der Überlassung der Ausübung eine Abtretung dieser im Sinne des Reichsgerichts bestimmten Einzelrechte vorgenommen wird, so ist sicher, daß der Ausübungsberechtigte insoweit eigene Ansprüche gegen Dritte hat (10).

Was die Zulässigkeit der Übertragung der Befugnis zu vermieten angeht, so ist auch hiergegen kein Bedenken zu erheben. Gemäß § 549 Abs. I Satz 1 ist in einem gewöhnlichen Mietsverhältnisse dem Vermieter die Möglichkeit gegeben, dem Mieter durch Gestattung das Recht zu verschaffen, seinerseits zu vermieten. Das gleiche gilt für die Pacht. Überläßt der Nießbraucher seine Ausübung im Wege der Vermietung oder Verpachtung, so finden diese Grundsätze für sein Verhältnis zum Ausübungsberechtigten unmittelbar Anwendung. Liegt der Überlassung ein anderer Vertrag zu Grunde, so muß es ebenfalls dem Belieben der Parteien überlassen sein, ob sie eine derartige Befugnis auf seiten des Ausübungsberechtigten begründen wollen (§ 305). Es ist schließlich selbstverständlich, daß derjenige Ausübungsberechtigte, der in seiner Ausübung Mietverträge geschlossen hat, auch die Zinsen hieraus beanspruchen kann und ein Kündigungsrecht hat. Das ergibt sich aus der Tatsache, daß er vertragschließender Teil und Vermieter ist (11).

5. Kapitel.

§ 12. Ergebnis.

Wenn man hiernach überblickt, was die als richtig erkannte Auffassung des Reichsgerichts bedeutet und wohin sie führt, so erscheint sie als eine im Grunde natürliche Anwendung allgemeiner Regeln aus dem Schuldrecht auf das

(9) Nußbaum S. 65 und dort Zitierte. (10) OLGE 18, 258.
(11) Über den Fall der Überlassung der Ausübung eines Nießbrauchs an einer verzinslichen Forderung s.u. § 18.

Verhältnis zwiſchen Nießbraucher und Ausübungsberechtigten, die dazu führt, daß das Ausübungsrecht in gewiſſen Grenzen dingliche Wirkungen äußert, insbeſondere eine Intervention ſeitens des Ausübenden gegenüber Pfändungen Dritter geſtattet. Unſere Auffaſſung von dem Weſen der Überlaſſung der Ausübung kann alſo ergänzt werden dahin, daß auch bei einem unübertragbaren Recht die Ausübung zu eigenem Recht inſoweit übergehen kann, wie es ſich um die aus der Übertragung beſtimmter Einzelbefugniſſe fließende Ausübung handelt (1).

An dieſe Tatſache darf ſich nun aber nicht das Urteil knüpfen, daß der Ausübungsberechtigte auf Grund der Überlaſſung gemäß § 1059 Satz 2 ein dingliches Recht am Nießbrauch oder ſeinem Gegenſtand erwürbe. Damit wären der Sinn und die Tragweite der Anſchauung des Reichsgerichts verkannt, und man würde eine Folgerung ziehen, die der entſpräche, daß man ſagte: wenn ein Vermieter (Eigentümer) einem Mieter geſtattet weiterzuvermieten, ſo verſchafft er damit dem Mieter ein Recht an der Sache ſelbſt.

Treffend führt das Kammergericht (2) in der jüngſten, dieſe Frage betreffenden Entſcheidung aus: „Wenn auch die Überlaſſung der Nießbrauchsausübung nicht nur einen ſchuldrechtlichen Anſpruch des Erwerbers gegen den Nießbraucher zu begründen vermag, ſondern auch einen unmittelbaren Rechtserwerb in Anſehung der aus dem Nießbrauch fließenden Rechte vermitteln kann, ſo wird doch irgendein dingliches Recht an dem Nießbrauch oder an dem belaſteten Grundſtücke dem Erwerber nicht verſchafft. Abweichendes folgt auch nicht aus der Entſcheidung des Reichsgerichts Bd. 101, 5. Wenn es dort heißt, daß die Übertragung der aus dem Nießbrauch fließenden Rechte mit dinglicher Kraft erfolgt, ſo iſt damit nichts anderes gemeint,

(1) Hierzu vergl. die erweiternden Ausführungen in § 15.
(2) Jahrb. f. Entsch. d. freiw. Gerichtsbarkeit 1, 411.

als daß der Erwerber die Macht erhält, die ihm übertragenen Befugniſſe aus eigenemRecht ..... gegen den Eigentümer zur Geltung zu bringen(3)."

Der Einblick in die Anſchauung der Praxis verbunden mit einer kritiſchen Nachprüfung hat die Unterſuchung, ſoweit ſie ſich auf die Natur des Ausübungsrechtes bezieht, an das Ziel geführt. Ein Seitenblick auf die Rechtsſtellung des Inhabers dieſes Rechtes bei Pfändung und beim Verzicht iſt dabei ebenfalls ſchon hier im allgemeinen Teil getan worden. Das Ergebnis iſt dahin zuſammenzufaſſen: das Ausübungsrecht iſt weder ein dingliches Recht am Nießbrauch, noch auch an dem Gegenſtand, der mit dem Nießbrauch belaſtet iſt. Es iſt kein ius in re, kein Zweitnießbrauch oder ſonſt dergleichen. Das Ausübungsrecht iſt vielmehr ein in ſeinem Umfang durch den im Einzelfall geſchloſſenen obligatoriſchen Vertrag beſtimmtes obligatoriſches Recht auf Geſtattung der Ausübung, ein Vertrag, deſſen Erfüllung durch Überlaſſung der Ausübung in einem dem Vertrage entſprechenden Umfange erfolgt. Dieſes ſeinem Kerne nach obligatoriſche Recht kann durch Übertragung von beſtimmten, aus dem Nießbrauch herrührenden Einzelbefugniſſen erweitert werden, was bis zu einer erheblichen Stärkung des Rechtes führen kann. Über die Bedeutung dieſer Tatſache hat das Kammergericht in aller Klarheit geſprochen.

Wir haben die Unterſuchung vorurteilsfrei durchgeführt. Als ein dingliches Recht, wie es neuerdings gern verſtanden und mit Recht gefordert wird, haben wir das Aus-

(3) In diesem Sinne: RGRäteKomm. § 1059 Anm. 1 u. 2: (Staudinger-) Kober 1059 1 c; Wolff SachR § 118 i; Nußbaum S. 67; noch ohne Berücksichtigung der vom Reichsgericht angenommenen Erweiterung: Biermann 1059 2 c; Planck 1059 3; Güthe GBO Vorbem. z. II. Abschn. Anm. 20; § 19 Anm. 128; Achilles-Strecker GBO S. 110; Turnau Förster 1059 4; Fuchs 1059 2; Neumann § 1274 II 3; Fischer-Henle 1059 2; Kipp zu Windscheid § 205 Anm. 4; Crome SachR § 436 III; Maenner SachR S. 290 Anm. 6; Goldmann-Lilienthal SachR § 57, III.

übungsrecht nicht anerkennen können. Aber es gereicht uns zur Genugtuung, daß gezeigt werden konnte, daß der Weg, den die Praxis gewiesen hat, und der den Erfordernissen der Stärkung des Ausübungsrechtes so gut entgegenkommt, mit dem Gesetz durchaus vereinbar ist.

Wir können nunmehr, da wir den Charakter des Ausübungsrechtes kennen, dazu übergehen, die Rechtsstellung des Ausübungsberechtigten im einzelnen zu prüfen.

B. BESONDERER TEIL.

Die Rechtsstellung des Nießbrauchsausübungsberechtigten im einzelnen.

I. Abschnitt.

Die Rechtsstellung desjenigen, der zur Ausübung eines Nießbrauchs an einem Grundstück berechtigt ist.

1. Kapitel.

Die Rechtsstellung im Zusammenhang mit der Entstehung des Rechtes.

§ 13. a. Rechtsgeschäftliche Entstehung.

Bei der Untersuchung der Stellung des Ausübungsberechtigten im einzelnen soll in Anpassung an die Systematik des Gesetzes verfahren werden, so daß zuerst die Rechtsposition des zur Ausübung eines Sachnießbrauches Berechtigten ihre Darstellung finden wird. Der Sachnießbrauch ist in seinem praktischen Vorkommen auf den Grundstücksnießbrauch beschränkt (1); ein Nießbrauch an Mobilien kommt kaum vor.

(1) Über diese Tatsache und ihre Ursachen gibt gründliche Auskunft: Nußbaum § 6; vgl. auch Wolff SachR § 114 IV 2; vgl. endlich oben § 5 S. 27.

Somit kommt auch eine Überlaſſung der Ausübung eines Sachnießbrauches praktiſch nur bei einem Nießbrauch an Grundſtücken in Betracht. Dieſer Fall verdient die Hauptbeachtung und ihm iſt in der Behandlung der Vorrang einzuräumen. Wir beginnen mit der Schilderung der Rechtsſtellung bei Entſtehung des Ausübungsrechtes und trennen den rechtsgeſchäftlichen Erwerb von dem Falle der Erlangung der Ausübungsbefugnis durch Staatsakt.

Grundlegend für die rechtsgeſchäftliche Überlaſſung der Ausübung iſt der zwiſchen dem Nießbraucher und dem Erwerber (2) geſchloſſene Vertrag, nach dem ſich vor allem auch die Formerforderniſſe richten. Als einzelne Möglichkeiten ſind zu nennen: Ein Miet - oder Pachtvertrag über das mit dem Nießbrauch belaſtete Grundſtück ſelbſt (3); § 566 findet Anwendung. Weniger bedeutſam, jedoch möglich iſt ein Leihvertrag. Daneben iſt es angängig, die Nießbrauchsausübung ſelbſt in ihrer Geſamtheit zu verpachten; ſoll die Ausübung gegen eine einmalige Bezahlung überlaſſen werden, ſo kommen die Kaufvorſchriften zur Anwendung (4), bei unentgeltlicher Überlaſſung nicht nur des Gebrauches (5), ſondern auch der Fruchtziehung liegt ein Schenkungsvertrag vor. Ein Anſpruch entſteht in dieſem Fall für den Erwerber erſt mit gerichtlicher oder notarieller Beurkundung des Verſprechens (§ 518). § 518 II ſchützt ihn jedoch hinſichtlich gezogener Früchte. Ob die ſchenkweiſe Geſtattung ſich auf die Nutzung eines dem Nießbrauch unterliegenden

(2) dieser kann auch Eigentümer sein: Recht 11. No. 2438.

(3) dafür, daß wir es in diesem Fall mit einem auf Überlassung der Ausübung gerichteten Vertrag zu tun haben, vgl. o. § 10 S. 51 ff.

(4) Crome SachR § 436 III u. Anm. 47; Enneccerus Schuldverhältnisse § 324 II 4 und § 357 stellt darauf ab, ob die Überlassung zeitlich begrenzt oder definitiv war; allein ein Kauf kann auch bei zeitlicher Überlassung vorliegen, sofern nur ein einmaliger Preis ausgemacht wird. RGZiv 75, 484 nimmt einen besonderen Vertrag an.

(5) Leihe.

Grundſtückes oder die Ausübung des ganzen Rechtes bezieht, iſt ohne Einfluß. Die Schenkungsgrundſätze kommen in gleicher Weiſe für den jeweiligen Umfang der zu geſtattenden Ausübung in Anwendung. Neben dieſen Fällen iſt es auch möglich, daß die Überlaſſung zur Sicherung eines Gläubigers erfolgt. Dann würde darin ein Erſatz für die unzuläſſige Verpfändung des Nießbrauchs liegen (6). Ferner kommt als Rechtsgrund für die Überlaſſung der Ausübung die Erfüllung einer Schuld in Betracht (7). Schließlich kann ein Vermächtnis die Kauſa der Überlaſſung ſein (8).

Eine Pflicht zur Ausübung übernimmt der aus einem dieſer Rechtsgeſchäfte zur Ausübung Berechtigte in keinem Fall. Auch bei der Schenkung nicht; eine Verſitzung des Nießbrauchs durch non usus, die im Falle der Schenkung (9) eine Ausübungspflicht rechtfertigen würde, gibt es nach bürgerlichem Recht nicht (10). Iſt Grundlage der Überlaſſung die Erfüllung einer Schuld, d. h. erfolgt die Überlaſſung zum Zwecke der Gläubigerbefriedigung, ſo muß ſich der Ausübungsberechtigte alles anrechnen laſſen, was er ſchuldhaft zu ziehen unterläßt.

Die Erfüllung der aus derartigen Kauſalgeſchäften ſich ergebenden Anſprüche erfolgt in der Regel durch Beſitzverſchaffung und tatſächliche (11) Geſtattung (12) der Aus-

(6) Vergl. oben § 1 Seite 2; praktisch bedeutsam beim Sicherungsnießbrauch; vergl. hierzu oben § 7.

(7) so, wenn der Hypothekar, dem zu seiner Befriedigung ein Nießbrauch am Grundstück bestellt ist, mit der Hypothek den Nießbrauch der Ausübung nach einem anderen zuwendet; vgl. oben § 7 und Wolff SachR § 114 Anm. 9. (8) vergl. Wolff § 118 I.

(9) bei entgeltlichen Verträgen liegt wegen der Ziehung bürgerlicher Früchte immer noch ein Usus vor.

(10) anders im Gemeinen Recht: vergl. Siebeneicher, Die Rechtsstellung desjenigen, dem der Nießbraucher die Ausübung überlassen hat (Erlanger Diss. 1897) S. 37.

(11) wegen Übertragung von Einzelbefugnissen s. sogleich im Text; wegen Fruchtziehungsrecht unten § 15.

(12) z. B. Ermächtigung zur Einziehung v. Mieten: vergl. RGRäte-Komm. 1059 Anm. 1.

übung der nießbrauchlichen Befugniſſe im Umfange wie ſie das Kaufalgeſchäft vorſieht und den Nießbraucher zu dieſer Geſtattung verpflichtet (13). Wenn ein Nichtnießbraucher die Ausübung überläßt, ſo erwirbt derjenige, dem gegenüber die Überlaſſung erfolgt, dem wahren Nießbraucher oder dem Eigentümer gegenüber keine Rechte (14). § 892 greift nicht Platz, da die Überlaſſung der Ausübung weder eine Übertragung noch eine Belaſtung des Nießbrauchs iſt (15).

Sollen dem Ausübenden außer der bloßen Nutzungsgeſtattung einzelne beſtimmte Sonderbefugniſſe, die aus dem Nießbrauch entſpringen, übertragen werden, ſo muß dies vertraglich ausgemacht ſein. Eine Zuwendung fälliger künftiger Mieten ihrer Subſtanz nach (16) erfolgt durch beſondere Abtretung (17) und muß im Kaufalgeſchäft vorgeſehen ſein (18). Die Befugnis, weiter zu vermieten oder zu verpachten, muß bei einer Vermietung oder Verpachtung des Grundſtücks beſonders gewährt werden (§ 549); ſie iſt in einer (kauf- oder ſchenkweiſen uſw.) Überlaſſung der Ausübung der Geſamtheit nach enthalten; hier erfordert ihr Ausſchluß eine beſondere Abrede.

Noch eine Frage verdient Beachtung: Wie ſteht es mit beſonderen Pflichten, die der Nießbraucher bei der Beſtellung dem Eigentümer gegenüber übernommen hatte,

(13) Eine „Abtretung des Nießbrauchs" kann als eine Überlassung der Ausübung aufrecht erhalten werden (§ 140); JW 10, 801.

(14) auch wenn zwar der Nießbraucher überläßt, aber nachdem er schon einem anderen gegenüber überlassen hatte, wird ersterer im allgemeinen nicht geschützt sein, da der Erstererwerber die Ansprüche aus 861, 1007 und, falls er Besitz behalten hat, 956 I 2 geltend machen kann; zu alledem s. u. § 15.

(15) vergl. OLGE 13, 152; so auch Biermann 1059, 3, (Staudinger-) Kober 1059 2 i; Gierke Fahrnisbes. 35 Note 34.

(16) etwas anderes ist die Ermächtigung, für eigene Rechnung einzuziehen, während der Nießbraucher weiter Gläubiger bleibt.

(17) So RGZiv 101, 7; Wolff SachR § 118, I; a. A. Kretzschmar Gruch 65, 438.

(18) sonst nach Abtretung: 812.

z. B. die Nutzungen in beſtimmter Weiſe zur Befriedigung von Gläubigern des Eigentümers zu verwenden? Gehen dieſe Pflichten auf den Ausübungsberechtigten über? Das Reichsgericht (19) bejaht dies ſchlechthin als eine Selbſtverſtändlichkeit und dem iſt beizupflichten. Der Nießbraucher kann dem Ausübenden nicht mehr und nicht andere Ausübung überlaſſen als ihm ſelbſt geſtattet iſt. Deshalb muß auch der Ausübende Beſchränkungen, die auf Seiten der Ausübung des Nießbrauchers vorliegen, gegen ſich gelten laſſen. Dadurch wird jedoch der Nießbraucher nicht gehindert, im Kaufgeſchäft wirkſam eine uneingeſchränkte Ausübung zu verſprechen, ſodaß der Ausübende, falls der Nießbraucher ſeine Verpflichtung nicht erfüllen kann, aus dem Verpflichtungsvertrage Erſatz fordern kann.

Die Möglichkeit der Anfechtung des Grundgeſchäftes iſt nach allgemeinen Regeln beiden Parteien gegeben: auch eine Anfechtung aus § 119 II iſt möglich. Das iſt ſicher, ſoweit ſich der Irrtum auf Eigenſchaften des Grundſtückes (20) bezieht, aber auch zu bejahen, ſoweit ein Irrtum bezgl. des Nießbrauchsrechtes ſelbſt unterlaufen iſt. § 119 II muß auch auf unkörperliche Gegenſtände (d.h. Rechte) erſtreckt werden (21), da ein innerer Grund nicht beſteht, die Anfechtung bei einem Irrtum über die Eigenſchaft eines Rechts zu verſagen. Als Irrtumsfälle im Hinblick auf das Recht kommen auf Seiten des Ausübungsberechtigten in Betracht: Irrtum über die Beſchränkung des Nießbrauchs durch Ausſchluß einzelner Nutzungen gemäß § 1030 II. Bei einem zeitlich beſtimmt begrenzten Nießbrauch der Irrtum über die Dauer, für die der Nießbrauch beſtellt iſt. Dieſer Irrtum iſt nicht nur für den auf Grund eines Kaufes zur Ausübung Berechtigten von Bedeutung, der durch ſeinen Irrtum einen

(19) RGZiv 56, 390.

(20) Größe, Lage, Freiheit von Trockenfäule.

(21) So neuerdings wohl auch das Reichsgericht RGZiv 103, 22; JW 14, 674; a.M. noch RGZiv 73, 186; Gruch 54, 135, 141.

übermäßigen Preis gezahlt hat, sondern unter Umständen auch für Pächter und Mieter des Grundstücks. Diese können trotz des Schutzes von § 1056 Abs. I gemäß § 1056 Abs. II ihr Recht vorzeitig verlieren, womit für sie, - wenn sie auch von fernerer Zinspflicht frei werden -, die Gefahr eines bedeutenden Schadens verbunden sein kann (22). Anders liegt der Fall, wo ein zeitlich unbegrenzter also erst mit dem Tode des Inhabers erlöschender Nießbrauch besteht und der Erwerber der Ausübung über die Gesundheit des Nießbrauchers irrt (23). Hier wird, wofern nicht § 123 gegeben ist, gemäß § 119 II aus Irrtum über die Eigenschaft einer Person die Anfechtung zulässig sein. Eine Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn sich der Irrtum auf den bloßen Ertragswert des Nießbrauchs bezieht (24); der Wert als solcher ist im Gegensatz zu den einzelnen Umständen, die ihn bedingen, keine Eigenschaft (25).

Ist das der Überlassung zu Grunde liegende Kausalverhältnis aus irgendeinem Grunde nichtig, so hat der Nießbraucher gegen den Ausübenden die durch § 1065 gewährten Ansprüche, für die auf die Eigentumsansprüche verwiesen ist. Er kann also bei Besitzentziehung einen Herausgabeanspruch geltend machen und außerdem vom Ausübenden Herausgabe von Nutzungen, evtl. Schadenersatz unter entsprechender Anwendung der §§ 987 ff. fordern (26). Andererseits kann der Ausübende den Ansprüchen des Nießbrauchers Einreden wegen Verwendungen entgegenhalten wie gegenüber dem Eigentümer.

---

(22) Beispiel: Verpachtung eines Landgutes unkündbar auf lange Zeit; hier hat der Vertrag für den Pächter oft nur Interesse, wenn ihm die Ausbeutung des Grundstückes für die lange Dauer verbleibt, insbesondere wenn das Gut erst nach einiger Zeit der Bewirtschaftung ertragreich zu werden verspricht.

(23) z.B. der Nießbraucher ist tötlich erkrankt.

(24) vergl. Siebeneicher a.a.O. S. 34.

(25) Lehmann Allg. Teil § 34 III 1 e.

(26) einzelnes bezüglich des redlich und unredlich Ausübenden siehe bei Wolff SachR § 118 III 1 a, b.

Damit ist die Rechtsstellung des Ausübungsberechtigten, soweit sie in Zusammenhang zur Entstehung seines Rechtes steht, und soweit Positives zu vermerken ist, in ihren einzelnen Punkten besprochen. Negativ ist hervorzuheben: Die Überlassung der Ausübung eines Grundstücksnießbrauchs erfolgt nicht im Wege eines Sachenrechtes; § 873 findet keine Anwendung, da weder der Nießbrauch übertragen, noch belastet, noch ein Recht am Grundstück geschaffen wird (27). Anders entscheiden in dieser Hinsicht naturgemäß diejenigen Schriftsteller, die in der Überlassung der Ausübung die Begründung eines Rechts am Grundstück oder Nießbrauch annehmen (28); jedoch zu Unrecht. Fraglich kann nur sein, ob die Überlassung der Ausübung unter dem Gesichtspunkt der Inhaltsänderung einzutragen ist. (§ 877). Jedoch muß auch das abgelehnt werden. § 877 setzt voraus, daß über das Sachenrecht eine Verfügung getroffen wird (29), die nicht eine Aufhebung, Belastung oder Übertragung des Rechtes enthält. Es muß eine Verfügung sein. Das ist der Fall, wenn etwa eine Briefhypothek in eine Buchhypothek umgewandelt, eine Hypothekenforderung durch eine andere ersetzt wird. Dergleichen liegt nicht vor, wenn beim Nießbrauch die Ausübung überlassen wird, denn eine Verfügung über das Recht ist in der Überlassung nicht enthalten; diese berührt den Inhalt des Nießbrauchsrechtes überhaupt nicht, sondern enthält nur einen, wie das Kammergericht prägnant formuliert (30), „die tatsächliche Ausübung betreffenden bloßen Personenwechsel",

---

(27) darüber vergl. allgemeinen Teil, insbesondere §§ 9 ff.; vgl. auch JEFrG 1, 411 (KG v. 6. 7. 22)

(28) Kretzschmar LZ 1914 Sp. 966.
Eccius Gruch 50, 503.
Lindemann Sörgel 1059.
Kober 1059 2 d meint, die Überlassung ‚könne' eingetragen werden.

(29) Wolff SachR § 40 I.

(30) JEFrG 1. 411 ff.

mag auch ſelbſt eine Einzelbefugnis aus dem Nießbrauch dem Erwerber zu eigenem Recht zufallen (31). Es ergibt ſich hieraus, daß der Erwerber der Ausübung eines Grundſtücksnießbrauchs eine Eintragung des Ausübungsrechtes weder herbeiführen muß noch überhaupt kann, und zwar auch nicht unter dem Geſichtspunkt der Inhaltsänderung. Die Überlaſſung der Ausübung vollzieht ſich bei dem Nießbrauch an einem Grundſtück außerhalb des Grundbuches (32).

Damit ſind die weſentlichen Geſichtspunkte für die Rechtsſtellung des Ausübungsberechtigten, ſoweit ſie in Zuſammenhang mit der rechtsgeſchäftlichen Entſtehung ſeines Rechtes auftauchen, beſprochen.

§ 14. b. Entſtehung durch Staatsakt.

Wir wenden uns nunmehr der Unterſuchung der Rechtspoſition des Nießbrauchsausübungsberechtigten bei Entſtehung ſeines Rechtes durch Pfändung eines

(31) Anders liegt es - womit der Fall der Überlassung der Ausübung eines Nießbrauchs nicht gleichgestellt werden darf - bei Verlegung der Ausübung der Grunddienstbarkeit auf eine andere Stelle des belasteten Grundstücks (1023 BGB). Hier handelt es sich nicht um eine nur die tatsächliche Ausübung angehende Änderung, sondern um eine solche des Inhaltes, da durch die Verlegung das Benutzungsrecht selbst verändert und auf den anderen Teil des Grundstücks begrenzt wird. Darum hier Eintragung. So Wolff SachR § 40 I. v.Tuhr Allg. Teil II 1 § 47 zu 53. Biermann SachR 1023 1g. Kretzschmar SachR 1023 6. Planck 1023 4. Rosenberg 877 I 2 d: ja die Verlegung kann u.U. nicht nur Inhaltsänderung, sondern Aufhebung der alten und Begründung einer neuen Servitut sein (hierzu Wolff § 107 Anm. 8). Gegen die Annahme einer Inhaltsänderung auch im Fall des 1023 sind Hirsch S. 42; (Staudinger-)Kober 1023 4; Turnau-Förster II 877 4; Güthe § 19A. 43.

(32) So (neben der Praxis: KGJ 48, 212) auch die im Schrifttum herrschende Meinung: Komm. zu 1059: Planck A. 3: Kober 2 b; Biermann 2 c; Turnau-Förster 4; Fuchs 4; Wolff SachR § 118 Anm. 1.

Grundstücksnießbrauchs zu (1). Es interessiert für die Erkenntnis der Rechtsstellung des Pfandgläubigers vor allem, in welcher Weise die Pfändung erfolgt und inwieweit seine Rechtsposition dabei zu einer sicheren ausgestaltet wird.

Die Pfändung eines unter § 857 ZPO fallenden Rechtes muß gemäß § 875 nach den Regeln der §§ 828 ff. ZPO erfolgen. Daß die Tatbestände der §§ 823 ff. nicht denen des § 857 gleichen, wird vom Gesetz dadurch berücksichtigt, daß es nur eine entsprechende Anwendung gebietet. Dabei wird die erforderliche Zustellung an den Drittschuldner, falls ein solcher im eigentlichen Sinne nicht vorhanden ist, gegenüber der Person erfolgen, gegenüber der das Recht besteht. Dahin gehört namentlich der Eigentümer beim Nießbrauch(2). Die Pfändung des Grundstücksnießbrauchs erfolgt also durch Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Eigentümer, wodurch die Pfändung vollendet wird (3). Daneben ist an den (Schuldner) Nießbraucher das Gebot zu erlassen, sich jeder Verfügung über sein Recht zu enthalten (4). Die Zulässigkeit dieses Verfügungverbotes wird gemäß § 857 I, der die analoge Anwendung auch des § 829 bestimmt, zu bejahen sein (5). Dies wird (wohl allein) von Nußbaum (6) bezweifelt. Nußbaum geht davon aus, daß die in § 857 I ZPO bestimmte „entsprechende" Anwendung der Regeln über die Forderungspfändung nicht auch ein Verfügungsverbot im Sinne von § 829 rechtfertige. Denn das Verbot, über ein Recht zu verfügen, setze voraus, daß an dem Recht ein Pfandrecht möglich sei, Rechte

---

(1) Über das praktisch seltene Vorkommen einer derartigen Pfändung und über die Bevorzugung der Pfändung der einzelnen (zukünftigen) Ansprüche des Nießbrauchers vgl. Nußbaum S. 65 und (Staudinger-)Kober 1059 2 f.

(2) Stein ZPO 857 III; Predari § 24 Anm. 1, A, a.

(3) allerdings nicht ein Pfandrecht am Nießbrauch entsteht; vgl. jedoch oben § 1 Anm. 4.

(4) Für die Gültigkeit der Pfändung ist dieser Akt nicht Voraussetzung.

(5) Predari GBO § 24 Anm. 1, A, a. (6) Nießbrauchsrecht S. 64.

wie der Nießbrauch, an denen ein Pfandrecht ausgeſchloſſen ſei, könnten in ihrer Subſtanz auch durch Erlaſſung eines Veräußerungsverbotes nicht angetaſtet werden. Dieſer ſtrengen Auffaſſung von der höchſtperſönlichen Natur des Nießbrauchs iſt u. E. nicht beizupflichten. Mit der Beſtimmung, daß der Nießbrauch inſoweit pfändbar ſein ſoll, wie er der Ausübung nach überlaſſen werden könne, hat das Geſetz zu erkennen gegeben, daß es einen, wenn auch nur ſchmalen Weg der Zwangsvollſtreckung eröffnen will, um einem Gläubiger auch mit Hilfe ſtaatlichen Zwanges zu einem Ausübungsrechte zu verhelfen, das ihm eine Befriedigung ſeiner Forderung verſchafft. Wenn das Geſetz dieſe Begründung eines Ausübungsrechtes beſtimmt, ſo wird es ſinngemäß auch die Mittel gutheißen, die Gewähr für die Verwirklichung der geſetzlichen Beſtimmung bieten. Dieſe aber wird mit Sicherheit nur damit erreicht, daß dem Nießbraucher durch Verfügungsverbot die Macht genommen wird, nach der Pfändung den Gläubiger durch Verzicht um ſein Ausübungsrecht zu bringen (§§ 135/136 BGB). Aus dieſem Grunde iſt ein Verfügungsverbot zuzulaſſen. Iſt das der Fall, ſo kann man noch einen Schritt weiter gehen, und die Eintragungsmöglichkeit des Verfügungsverbotes in das Grundbuch bejahen, (7) denn: „um dem Gläubiger gegen eine Vereitelung ſeines Pfändungspfandrechtes namentlich durch Löſchung des Nießbrauchs oder durch Löſchungsbewilligung des Nießbrauchers zu ſchützen, bedarf es mit Rückſicht auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs (8) und insbeſondere des zweiten Satzes von § 892 BGB der Eintragung der Verfügungsbeſchränkung ins Grundbuch"(9). Das Reichsgericht führt dieſe Gründe zwar nur zugunſten der Zuläſſigkeit der Eintragung des Veräußerungsverbotes bei Pfändung eines Hypothekennießbrauches

(7) Predari GBO a.a.O.

(8) z.B. der Eigentümer veräußert das Grundſtück an jemand, der von dem Verfügungsverbot nichts weiß und gutgläubig das Grundſtück unbelaſtet vom Nießbrauch erwirbt.

(9) RGZiv 74, 85.

an, aber das Gleiche muß für Pfändung eines Grundſtücksnießbrauchs gelten, da in letzterem Fall ſämtliche der vom Reichsgericht angeführten für die Zulaſſung ſprechenden Geſichtspunkte in gleicher Weiſe zutreffen. Im übrigen iſt die Frage auch deshalb zu bejahen, weil " die Grundſätze über die Pfändung von Geldforderungen gemäß § 875 II ZPO auf die Pfändung von Nießbrauchsrechten ohne Rückſicht auf den Gegenſtand des Nießbrauchs entſprechende Anwendung finden müſſen " (10).

Die Rechtsſtellung des Ausübungsberechtigten geſtaltet ſich demnach bei Entſtehung ſeiner Befugnis durch Pfändung verhältnismäßig günſtiger als bei rechtsgeſchäftlichem Erwerb. Die Möglichkeit, eine Eintragung in das Grundbuch zu erlangen, enthält einen weittragenden Schutz, der dem rechtsgeſchäftlichen Erwerber fehlt (11). Der Grund liegt nicht etwa darin, daß einmal ein dingliches Recht am Nießbrauch entſtände, dem das Grundbuch offen ſteht, während das andere Mal nur ein im Kern obligatoriſches Recht begründet iſt. Die beiden Fälle des Ausübungsrechtes ſind inhaltlich vielmehr gleich, wenigſtens inſoweit als auch das durch Pfändung erlangte ſchuldrechtlichen Charakter hat(12). Der Grund für die Zuläſſigkeit der Eintragung iſt in dieſem Falle allein der, daß bei der Pfändung ein Verfügungsverbot ergeht, das als ſolches Eintragung in das Grundbuch findet und ſo die Rechtsſtellung des durch Pfändung (und Überweiſung) zur Ausübung Berechtigten mittelbar dinglich ſichert(13).

---

(10) Nußbaum S. 66.

(11) Nußbaum S. 67

(12) vgl. Wolff SachR § 118 Anm. 1; das Pfandrecht iſt eintragungsunfähig: Güthe GBO § 19 Anm. 128; andere Meinung; Stein ZPO § 857 II 4; Förſter=Kann § 857 5 r; Hirſch, Übertragung S. 304, die annehmen, daß ein Pfandrecht am Nießbrauch entſtände, deſſen Eintragung zwar nicht konſtitutiv, aber berichtigend erfolgen könne; vgl o. § 1 S. 2 ff.

(13) Für den Fall des Verzichtes vgl. u. § 16.

Beachtung in diesem Zusammenhang verdient die Frage, wie der Pfändungspfandgläubiger die Eintragung des Verfügungsverbotes erreichen kann. In Betracht kommt ein Berichtigungsanspruch, da das zufällig ergangene und wirksam bestehende Veräußerungsverbot eine nicht im Grundbuch eingetragene aber bestehende Verfügungsbeschränkung ist. Nach dem Wortlaut des § 894 BGB hat nur derjenige einen Berichtigungsanspruch, dessen Recht, nicht aber auch derjenige, dessen Verfügungsbeschränkung nicht oder nicht richtig eingetragen ist, oder durch die Eintragung einer nicht bestehenden Belastung oder Beschränkung beeinträchtigt wird. Der Fall, wo eine Verfügungsbeschränkung auf einem Verfügungsverbot beruht, das nicht eingetragen ist, würde also nicht hierunter fallen. Der durch ein Verfügungsverbot Geschützte hätte als solcher kein dingliches Recht (14), das nicht eingetragen wäre. Andererseits aber geht § 894 BGB davon aus, daß der Inhalt des Grundbuchs „in Ansehung eines Rechtes ..... oder einer Verfügungsbeschränkung der im §892 Ibezeichneten Art mit der wirklichen Rechtslage nicht in Einklang steht." Und dieser Fall liegt nicht nur vor, wenn eine nicht bestehende Verfügungsbeschränkung als Beschränkung eingetragen, ein Recht beeinträchtigt - was zweifelsfrei einen Berichtigungsanspruch dem Inhaber des beeinträchtigten Rechtes geben würde - sondern gerade auch dann, wenn eine bestehende Verfügungsbeschränkung dieser Art nicht eingetragen ist. Man wird deshalb die Bestimmung des § 894 BGB sinngemäß auch auf einen solchen Fall zur Anwendung bringen können (15). Dies umsomehr, weil sonst der durch die Verfü-

(14) Vgl. Strohal, Relative Unwirksamkeit S. 789.

(15) So: RGRäte Komm. 894 Anm. 2; Planck 894 II 2 b; III 2; (Staudinger)=Kober 894 II 1 c, Wolff SachR § 46 I; Goldmann-Lilienthal SachR § 45 Anm. 18; Schilde, Unrichtigkeit des Grundbuchs S. 13, 14. Goldmann, Anspruch auf Grundbuchberichtigung S. 47 ff. Ramdohr Gruch 44, 363; Herold Sächs Arch 06, 497, 10, 322; KGJ 52, 143; a. Meinung: du Chesne ZBIFG 12, 602 ff. Planck frühere Auflage.

gungsbeſchränkung ſich ergebende Schutz wegen der mit dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs verbundenen Gefahren nur ein bedingter wäre.

Der Weg, auf Grund des § 894 BGB vom Nießbraucher Zuſtimmung zur Eintragung des Veräußerungsverbotes zu erzwingen, ſtände alſo dem Pfändungspfandgläubiger offen.

2. Kapitel.

§ 15. Befugniſſe und Pflichten des Ausübenden.

Wir kommen zur Prüfung der Rechtsſtellung des Ausübungsberechtigten eines Grundſtücksnießbrauchs während der Dauer des Beſtehens ſeines Rechtes.

Am bedeutſamſten unter den Befugniſſen, die dem Ausübungsberechtigten zuſtehen, iſt ſein Recht, die Früchte zu ziehen, zu deren Gewinnung der Nießbrauch berechtigt. Maßgebend hierfür iſt § 956 II BGB (1), wonach der Ausübungsberechtigte das Eigentum an den Früchten mit der Trennung erwirbt, wenn ihm der Beſitz überlaſſen war, mit der Ergreifung des Beſitzes, wenn er nicht in den Beſitz der Hauptſache gelangt war (2). Die Geſtaltung ſeitens des Nießbrauchers, auf welcher der Rechtserwerb des Ausübenden beruht, iſt in der Regel bindend für den Nießbraucher, da ein wirkſamer obligatoriſcher Vertrag der Überlaſſung der Ausübung, in der die Geſtattung liegt, meiſt zugrunde liegen und dem Ausübungsberechtigten der Beſitz übertragen ſein wird. Falls der Ausübende ſein Recht von einem Nichtberechtigten herleitet, ſo greift § 957 BGB ein. In dieſem Fall iſt die Rechtsſtellung des Ausübenden ſchwach. Zwar vermag auch der Nichtberechtigte, wenn er bei der Geſtattung

(1) Dernburg SachR § 190 II 2.

(2) Über die rechtliche Natur dieses Erwerbes vgl. Wolff SachR § 77 IV 2.

Besitzer war und dem Ausübenden Besitz verschaffte, sich und auch den Berechtigten zu binden, so daß keiner von ihnen die erfolgte Gestattung widerrufen kann, aber der Berechtigte ist doch in der Lage, dem Ausübenden die Möglichkeit des Erwerbes auf Grund der wirksamen Gestattung zu nehmen, dadurch daß er ihn von der Rechtslage in Kenntnis setzt und ihm den guten Glauben nimmt, der nach § 957 zum Erwerbe erforderlich ist (3).

Die Annahme, daß der Ausübungsberechtigte gemäß § 955 II erwerbe (4), kann nicht geteilt werden. Voraussetzung hierfür wäre ein Nutzungsrecht an der Sache („an ihr"), das aber dem Ausübungsberechtigten nicht zusteht. Ebensowenig kann dem Ausübungsberechtigten die Befugnis des § 1039 zugebilligt werden. Eine grundsätzliche Erwägung ist hierzu angebracht. Wenn § 1059 Satz 1 den Nießbrauch für unübertragbar erklärt, so kann man dies nicht dadurch umgehen, daß man sämtliche Einzelbefugnisse des Nießbrauchers feststellt und deren Einzelübertragung zuläßt, so daß im Ergebnis zwar nicht der Nießbrauch als Summe, wohl aber in seinen einzelnen Faktoren gänzlich in die andere Hand gelangen könnte. Will man einzelne bestimmte Rechte des Nießbrauchers für übertragbar ansehen und das ist oben (5) bejaht worden, so muß doch unter diesen aus dem Nießbrauch fließenden Einzelbefugnissen jeweils geprüft werden, ob nicht die Übertragung dem Grundsatz des § 1059 Satz 1 zuwiderläuft. § 1059 Satz 1 ist seiner Idee nach eine zugunsten des Inhabers des mit dem Nießbrauch belasteten Gegenstandes, im Falle des Grundstücksnießbrauchs also eine zugunsten des Eigentümers des Grundstücks erlassene Bestimmung. Dieser soll nicht der Gefahr ausgesetzt sein, daß anstelle des von ihm mit dem Nießbrauch Bedachten, ein Fremder den Nießbrauch erwirbt und nun die weitgehenden

(3) Wolff SachR § 77 IV 6.

(4) Kretzschmar Gruch 65, 435 nimmt dies bei seiner Auffassung folgerichtig an.

(5) Vgl. o. § 11 und § 12.

Befugniſſe des Nießbrauchs für ſich ausbeutet. Deshalb erſcheint eine Auswahl unter den aus dem Nießbrauch entſpringenden Einzelrechten in dem Sinne geboten, daß der Nießbraucher nicht in der Lage ſein darf, derartige Einzelbefugniſſe zu übertragen, die den Eigentümer einengen und unter Umſtänden ſchwer ſchädigen können. Hierher gehört § 1039. Dieſe Beſtimmung gibt die Möglichkeit, daß der Eigentümer durch Raubbau um ſeinen realen Beſtand gebracht wird (6) und auf einen perſönlichen Anſpruch angewieſen bleibt. Das aber darf nur eintreten, wenn der vom Eigentümer zum Nießbraucher Beſtellte handelt, denn hier hat der Eigentümer ſelbſt die Entſcheidung getroffen, nicht aber wenn ein Dritter die Ausübung erlangt.

Die Prüfung der Einzelbefugniſſe auf ihre Übertragbarkeit unter dem Geſichtspunkt ihrer Schutz- oder Schadenswirkung gegenüber dem Eigentümer führt umgekehrt bei anderen Befugniſſen des Nießbrauchers zu der Annahme der Übertragbarkeit. So erſcheint es angemeſſen, dem Ausübungsberechtigten die Befugniſſe der §§ 1037 II, 1043, 1048 zuzuſprechen (7). § 1043 kommt dem Eigentümer inſofern zugute, als er eine erforderliche Ausbeſſerung und ſomit die Erhaltung des Eigentums erleichtern will. § 1037 II und § 1048 andererſeits erſcheinen zum wenigſten den Intereſſen des Eigentümers gegenüber als neutral, letztere Beſtimmung teils ſogar als fördernd (8). Allerdings iſt davon auszugehen, daß § 1048 nur die ordnungsmäßigen Verfügungen wirkſam ſein läßt und nicht auch die ordnungswidrigen unter Entſtehung einer Schadenserſatzpflicht (9); denn ſonſt ergäbe ſich das gleiche Bild, wie bei § 1039.

---

(6) Beiſpiel: Ein Wald wird forſtwirtſchaftswidrig niedergeſchlagen.

(7) So im Ergebnis auch Wolff SachR § 118 Anm. 2.

(8) Veräußerung unbrauchbarer und Anſchaffung neuer Geräte.

(9) wie (Staudinger-) Kober annimmt § 1048.

Es ist bereits festgestellt worden, daß der Nießbraucher in der Lage ist, einzelne ihm aus dem Nießbrauch erwachsene Befugnisse wie Mietsansprüche ihrer Substanz nach dem Ausübungsberechtigten bei der Überlassung abzutreten. Findet eine derartige Abtretung statt, so wird der Ausübende vollwertiger Gläubiger. Eine Zahlung des Schuldners nach der Zession muß der Ausübungsberechtigte nur gegen sich gelten lassen, wenn der Schuldner gutgläubig war (§ 407 BGB); dafür stände ihm der Anspruch aus § 816 gegen den Zedenten zu. Weiter geht die Ansicht Kretzschmars, der annimmt, daß im Falle, wo das Grundstück zur Zeit der Überlassung der Nießbrauchsausübung einem Mieter oder Pächter überlassen war, der Ausübende unter sinngemäßer Anwendung des § 577 BGB in die sich aus dem Vertrag ergebenden Verpflichtungen eintrete. Dem kann jedoch nicht beigepflichtet werden; denn von einer Belastung des Grundstückes, die § 577 voraussetzt, kann nicht die Rede sein. Auch eine vertragliche Übertragung des Mietsverhältnisses in seiner Gesamtheit ist ausgeschlossen (10). Der Ausübende erwirbt Ansprüche gegen den Mieter nur, wenn sie ihm zediert werden. Andererseits kann er den Mieter nicht vor der vertraglich zulässigen Zeit vertreiben, da er nur Ansprüche gegen den Nießbraucher selbst hat. Was die Kündigungsbefugnis anlangt, so ist selbstverständlich, daß der Nießbraucher - Vermieter den Ausübenden ermächtigen kann, sei es im Namen des Nießbrauchers als dessen Vertreter, sei es als bloßer beauftragter Bote, dem Mieter gegenüber die Kündigung auszusprechen. Dann aber ist es immer die Kündigung des Vermieters, die dieser lediglich durch eine Hilfsperson erklären läßt. Ob es möglich ist, dem Ausübenden die Befugnis der vertraglichen oder gesetzlichen Kündigung zu eigenem Rechte und zu freier Disposition zu übertragen, ist fraglich, jedoch abzulehnen, da das Kündigungsrecht nicht von dem Vertragsteil, dem es ursprünglich zusteht,

(10) Enneccerus, Schuldverhältnisse § 302 II 1.

gelöſt werden kann, derart, daß es nunmehr ſeiner Subſtanz nach einem anderen allein zuſteht. Denn wer Vermieter iſt, hat auch die Kündigungsrechte, vor allem die geſetzlichen aus der bloßen Tatſache ſeiner Vermieterſtellung heraus und kann ſie nicht, ſolange er Vermieter bleibt einem anderen übertragen. Es bliebe dagegen den Parteien unbenommen, mit dem Mieter eine Abrede zu treffen, daß dieſer ſich einer Kündigung des Ausübenden ſo unterwerfen ſolle, wie einer des Vermieters ſelbſt (§ 305 BGB) oder der Vermieter kann den Ausübenden unwiderruflich zum Vertreter beſtellen. Zu alledem aber iſt eine Vereinbarung erforderlich und es ergeben ſich derartige Befugniſſe nicht ohne weiteres aus der Überlaſſung der Ausübung.

Iſt dem Ausübungsberechtigten geſtattet worden, weiter zu vermieten oder zu verpachten, ſo verſteht ſich von ſelbſt, daß er die Zinsanſprüche, das Kündigungsrecht, ſowie ſämtliche aus dem Vertragsverhältnis ſich ergebenden Befugniſſe hat. Aber es entſteht die Frage, ob er in der Lage iſt, ſeinen Vertragsgegnern die gleiche Rechtsposition zu verſchaffen wie der Nießbraucher, wenn dieſer ſelbſt vermieten oder verpachten würde; mit anderen Worten, ob bei Beendigung des Ausübungsrechtes die Vorſchriften des § 1056 anzuwenden ſind. Eine Verneinung der Frage erſcheint geboten. Die (beſchränkte) Fortwirkung der Miete gilt nur, wie § 1056 ausdrücklich ſagt, wenn ein Nießbraucher als ſolcher das Grundſtück vermietet oder verpachtet hat. Wenn aber ein ſeinerſeits nicht am Nießbrauch oder am Grundſtück Berechtigter vermietet, ſo kann dem Mieter kein derartiger Schutz eingeräumt werden. Er iſt vielmehr ſo zu behandeln, wie ein Untermieter. Eine Vertragsbeziehung zum Nießbraucher beſteht nicht; wie dieſer keinen Mietszinsanſpruch hat, ſo hat der Mieter nach Beendigung der Überlaſſung an den Ausübenden kein Gebrauchsrecht gegenüber dem Nießbraucher, auch wenn der Ausübungsberechtigte über die Dauer ſeines Rechtes vermietet hat. Dafür kann ſich dann der Mieter an den

Ausübungsberechtigten halten und aus dem Vertrage Erſatzanſprüche erheben (11). Für Unterverpachtung gelten die gleichen Geſichtspunkte.-

Neben dem Recht der Ausbeutung des Nießbrauchs durch Weitervermietung und Verpachtung beſteht für den Ausübungberechtigten die Möglichkeit, ſein Ausübungsrecht als ſolches, alſo ſein Fruchtziehungsrecht, das ihm die Überlaſſung gewährt, nebſt den weiteren ihm zuſtehenden Anſprüchen oder beſonders übertragenen Befugniſſen einem anderen zu übertragen (12). Er bleibt naturgemäß weiterhin aus dem Vertrag verpflichtet, der der Überlaſſung ſeitens des Nießbrauchers an ihn zu Grunde lag. Aus der Zuläſſigkeit der Übertragung der ſein Ausübungsrecht darſtellenden Befugniſſe ergibt ſich die weitere Möglichkeit, ſein durch die Ausübungsüberlaſſung entſtehendes Recht zu verpfänden oder mit einem Nießbrauch zu belaſten (13).

Tritt der Ausübungsberechtigte ſeine Befugniſſe ab, ſo gewinnt der Erwerber in gleicher Weiſe weder ein Recht am Grundſtück noch ein Recht am Nießbrauch. Ebenſo liegt es bei Beſtellung eines Nießbrauchs oder Pfandrechtes ſeitens des Ausübenden an ſeinem Rechte (14). Da in dieſen Fällen kein Recht am Grundſtück oder Nießbrauch geſchaffen wird, ſo ergibt ſich als natürlich die Unzuläſſigkeit der Eintragung derartiger Rechte (15).

Eine praktiſche Bedeutung wird dieſen Rechtsbildungen nur in den Fällen zukommen, wo der Ausübungs-

(11) Verliert der Ausübungsberechtigte sein Recht auf Grund eines Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, z.B. Verzicht oder Tod des Nießbrauchers, so wird er frei; § 275 BGB.
(12) Crome SachR § 512 Anm. 13; RGRäte Komm § 1059 Anm. 1.
(13) Wolff SachR § 120 Anm. 3
(14) Ein Nießbrauch am Nießbrauch kann auch so nicht geschaffen werden: Wolff §120 Anm 3; den Fall der Verpfändung des Ausübungsrechtes (nicht zu verwechseln mit der Verpfändung des Nießbrauchs der Ausübung nach) vgl. Neumann Komm. § 1274 II Anm. 3 (15) Güthe GBO Vorbem. z. 2. Abschn. Anm. 20.

berechtigte nicht in Perſon nützen will und deshalb die Nießbrauchſache oder ein Ausübungsrecht verpachtet.

Neben dieſen allgemeinen Nutzungsrechten und den durch beſondere Abreden dem Ausübungsberechtigten zugewandten Befugniſſen ſtehen ihm auch Mittel zur Verfügung, ſich gegenüber Störungen ſeiner Ausübung zu verteidigen. Gegenüber dem Eigentümer ſowie dem Nießbraucher ſelbſt beſtehen keine Schwierigkeiten. Einen Anſpruch aus § 985 ſeitens des Eigentümers direkt oder ſeitens des Nießbrauchers gemäß § 1065 kann der Ausübende durch § 986 begegnen (16). Aber auch gegenüber anderen Störern ſtehen ihm in Geſtalt der Beſitzſchutzanſprüche aus den §§ 859 ff. und des Anſpruches aus früherem Beſitz (§ 1007) Mittel zur Verfügung, die ihm jedenfalls während der Dauer ſeines Rechtes (17) eine gegenüber jedermann ſichere Rechtsſtellung geben.

Eine andere Frage iſt die, ob der Ausübungberechtigte neben den auf Erhaltung bezw. Wiedergewinnung der Ausübungsmöglichkeit gerichteten Rechtsbehelfen für den ihm zugefügten Schaden Erſatz verlangen kann. Als Entſtehungsurſachen für einen Schaden kommen im weſentlichen zwei Umſtände in Betracht: die Entziehung oder die Verletzung der Sachen, die der Nutzung des Ausübungsberechtigten unterſtellt ſind. In beiden Fällen wird, falls die Verurſachung rechtswidrig und ſchuldhaft erfolgte, dem Ausübungsberechtigten ein Erſatzanſpruch aus § 823 zuſtehen; auf § 823 Abſ. 1 vermag er ſich zu berufen, wenn er bereits Beſitzer war. Denn der Beſitz iſt ein im Sinnes des § 823 I „ſonſtiges Recht", da er nicht nur tatſächliche Sachherrſchaft iſt, ſondern auch ein Beſitzrecht enthält (18) (19).

(16) Vgl hierzu Wolff § 84 Anm. 14.

(17) für den Fall des Verzichtes des Nießbrauchers auf sein Recht s. unten § 16. Anm. 2

(18) Enneccerus Schuldverhältnisse § 451 I 1c; Wolff SachR § 3 II 3.

(19) Es macht keinen Unterschied, ob man das Fruchtziehungsrecht zur Grundlage eines Anspruchs aus § 823 I macht; denn

Damit sind die einzelnen Nutzungsbefugnisse wie auch die Rechtsmittel, die dem Ausübungsberechtigten zum Schutze einer ungestörten Ausübung zustehen, erörtert worden, und es bleibt zu prüfen, welche Pflichten ihm die Überlassung eines Grundstücksnießbrauchs aufbürdet.

Gegenüber dem Nießbraucher hat der Ausübungsberechtigte vor allem den der Überlassung zu Grunde liegenden Vertrag zu erfüllen; den ausgemachten Zins oder sonstige vertraglich vereinbarte (Natural-) Leistungen zu erbringen und für die Erhaltung der Sache in ihrem wirtschaftlichen Bestande zu sorgen. Letzteres ist für den Nießbraucher deshalb von Interesse, weil darin seine eigene Pflicht gegenüber dem Eigentümer ihre Erfüllung findet (§ 1041). Eine Ausübung, die dem wirtschaftlichen Zwecke der Sache zuwiderläuft wie die Benutzung einer Landvilla als Ziegelei, ist dem Ausübenden nicht gestattet. Ebensowenig kann der Ausübende die Sache völlig ungenutzt lassen, wenn dies der Sache ihrer Substanz nach Abbruch tut (20). Im einzelnen kann der Vertrag den Umfang, in dem der Ausübungsberechtigte nutzen darf, beschränken. Ein Verstoß gegen seine Pflichten geben dem Nießbraucher (21) neben §1053 die Befugnisse, die ihm das jeweils zu Grunde liegende Schuldverhältnis gewährt. Daneben kommen Ansprüche aus den allgemeinen Grundsätzen des Schuldrechts, z. B. aus positiver Vertragsverletzung in Betracht (22). Dies folgt aus der im Grunde obligatorischen Beziehung des Nießbrauchers zum Ausübenden. Die dabei entstehenden Fragen brauchen im einzelnen nicht erörtert zu werden, da sie allgemeine Fra-

---

das Fruchtziehungsrecht wäre ein solches im Sinne von 823 I nur dann wenn es unwiderruflich begründet ist; dazu aber gehört bei dem Ausübungsberechtigten Besitz der Sache; 956 II; vgl. oben S. 75.

(20) Beispiel: Eine Gemüsefarm wird nicht benutzt und von Unkraut überwuchert.

(21) Hinsichtlich des Eigentümers vgl. den folgenden Text.

(22) Anspruch aus 823 ist ebenfalls denkbar.

gen des Schuldrechtes sind, für die hier nichts Besonderes gilt.

Gegenüber dem Eigentümer übernimmt der Ausübungsberechtigte besondere Pflichten nur, wenn dies mit dem Nießbraucher (oder Eigentümer selbst) vereinbart ist. Das kann in verschiedenem Umfange geschehen. So kann der Ausübende sich verpflichten, die gemäß § 1045 vom Nießbraucher zu leistenden Zahlungen an den Eigentümer zu bewirken oder die Lasten zu tragen, die gemäß § 1042 dem Nießbraucher obliegen (23). Soweit eine besondere Verpflichtung des Ausübenden gegenüber dem Eigentümer nicht vorliegt, stehen letzterem nur die allgemeinen Rechtsbehelfe zur Seite. So kann er eine Gefährdung seines Eigentums durch die Nutzungsweise des Ausübenden gemäß § 1004 abwehren (24). Daneben kann er für die Schädigung Ersatz nach § 823 fordern. Dem Eigentümer ist es außerdem auch möglich, unmittelbar aus § 1053 gegen den Ausübenden vorzugehen, da dieser gegenüber dem Eigentümer in bezug auf die Nutzung die gleichen Pflichten zu erfüllen hat wie der Nießbraucher (25). Eine Sicherheitsleistung kann der Eigentümer vom Ausübenden aus § 1051 nicht verlangen (25), wohl aber vom Nießbraucher selbst, wenn die Voraussetzungen dieses Paragraphen auf Seiten des Ausübenden vorliegen (26). Denn wenn der Nießbraucher hier nicht gegen den Ausübenden einschreitet, so verletzt er selber die Rechte des Eigentümers (27). Im übrigen ist jedes Verhalten des Ausübenden, das den Eigentümer gefährdet oder verletzt, dem Nießbraucher aus § 278 (28) zuzurechnen, so daß dieser da-

(23) Die zwischen dem Eigentümer und dem Nießbraucher bestehenden Legalschuldverhältnisse bleiben davon unberührt, wenn und soweit nicht reguläre Schuldübernahme erfolgt.
(24) Dernburg SachR § 190 II 7. (25) RGRäte Komm. 1059 Anm. 1.
(26) So auch Dernburg SachR § 190 II 5; Biermann 1059 2 f.
(27) Biermann a.a.O.
(28) Nicht nur für Verschulden in der Auswahl; so auch Planck 1059 4, (Staudinger-) Kober 1059 2e; Biermann a.a.O.: Wolff SachR § 118 I.

für einſtehen muß, als ob es von ihm ſelbſt ausginge. So können dem Eigentümer außer dem Anſpruch aus § 1051 auch die Anſprüche aus den §§ 1053, 1054 aus dem Verhalten des Ausübenden gegen den Nießbraucher entſtehen. Nach Beendigung des Nießbrauchs kann der Eigentümer aus § 985 den Ausübenden zur Herausgabe zwingen (29).

Iſt der Ausübende auf Grund einer Pfändung berechtigt, ſo iſt ſein Recht weder ein Pfandrecht am Nießbrauch noch an der Nießbrauchsſache. Wird dem Gläubiger der Nießbrauch der Ausübung nach überwieſen (§ 835 ZPO), ſo übt er die Befugniſſe des Nießbrauchers in dem Maße aus, wie es der rechtsgeſchäftliche Erwerber tut (30).

Praktiſch wird es zu einer Pfändung und Überweiſung des Nießbrauchs der Ausübung nach nur dann kommen, wenn die Früchte in Miets- oder Pachtzinſen beſtehen. Sonſt wird das Gericht gemäß § 857 IV ZPO eine Verpachtung anordnen (etwa für ein Landgrundſtück) oder einen Verwalter beſtellen, der die Erträge zur Abdeckung der Schuld dem Gläubiger zuwenden muß. Alles Nähere beſtimmt das Gericht (31).

3. Kapitel.

§ 16. Beendigung des Ausübungsrechtes.

Nachdem die Rechtsſtellung des Ausübungsberechtigten eines Grundſtücksnießbrauchs während der Dauer

(29) Für den Fall der Beendigung durch Verzicht s 1056 BGB und unten § 16

(30) So unterliegt er auch Verpflichtungen, die derjenige hätte, dem die Ausübung durch Vertrag überlaſſen wäre; praktiſches Beiſpiel: RGZiv 56, 390: Der Nießbraucher hatte übernommen, aus den Erträgen die Gläubiger des Eigentümers in beſtimmter Reihenfolge zu befriedigen. Der Pfändungspfandgläubiger des Nießbrauchs war hieran gebunden, weil wie das Reichsgericht ausführt, er nicht anders ſteht als ein Ausübungsberechtigter und dieſer wiederum ſtets die beſonderen Pflichten des Nießbrauchers übernehme. Vgl. hierzu oben S. 66 f.

(31) Stein ZPO § 857 V

ſeines Rechts ihre Darſtellung gefunden hat, iſt in einem letzten Abſchnitt zu ſchildern, wodurch der Ausübungsberechtigte ſein Recht verlieren kann.

Die Beendigungsgründe ergeben ſich teils aus dem der Überlaſſung zu Grunde liegenden Vertrage zwiſchen Nießbraucher und Ausübenden, teils haben ſie im Nießbrauche wie in der Perſon des Nießbrauchers ihren Urſprung.

Die aus dem Vertrage folgenden Erlöſchungsgründe, durch die die Ausübung bei normalem Verlaufe ihr Ende finden wird, können verſchieden ſein. Bei einer Überlaſſung zu Sicherungszwecken entfällt die Befugnis zur Ausübung mit der Begleichung der Schuld oder Gewährung anderer Sicherheit. Bei Überlaſſung zur Befriedigung erledigt ſich die Ausübung, wenn ſie zu einer Tilgung der Forderung geführt hat (1). Bei einer Vermietung oder Verpachtung entſcheiden die vertraglich ausgemachten wie die geſetzlichen (2) Kündigungsfriſten. Bei einer Überlaſſung auf Grund einer Schenkung oder eines Kaufes muß eine Friſt, ein Endtermin oder eine auflöſende Bedingung beigefügt ſein, ſonſt iſt die Überlaſſung für die Lebenszeit des Nießbrauchers geſtattet; woraus ſich ergibt, daß in dieſem Falle der vertragliche Beendigungsgrund mit einem ſich aus dem Nießbrauchsrechte ergebenden zuſammenfällt.

Dem Ausübenden bleibt es ſtets unbenommen, die Ausübung zu unterlaſſen (3); von den aus dem Kaufalvertrag ſich ergebenden Pflichten kann er jedoch nur mit Einverſtändnis ſeines Kontrahenten freikommen (4). Der Tod des Ausübenden läßt ſein Recht nicht erlöſchen ſondern auf ſeinen Erben übergehen (5), wofern nicht die Ausübung nur für Lebenszeit des Ausübenden überlaſſen war.

(1) So bei Ausübung auf Grund einer Pfändung.
(2) Bei Vermietung oder Verpachtung eines Grundſtückes 1056 II.
(3) mit der Seite 82 gemachten Einſchränkung.
(4) Wegen Nichtnutzung bei einer Überlassung zur Befriedigung eines Gläubigers s. oben S. 65.
(5) RGRäte Komm. 1059 Anm.1.

Im übrigen kann die Ausübung dadurch hinfällig werden, daß der Nießbrauch untergeht. Der normale Beendigungsgrund für den Nießbrauch ist der Eintritt des der Bestellung beigefügten Endtermins. Weiterhin bringt auch der Tod des Nießbrauchers den Nießbrauch zum Erlöschen (§ 1061 Satz 1) (6). Eine Vereinigung von Eigentum und Nießbrauch ist nur in dem Fall möglich, daß der Nießbraucher das Eigentum an der belasteten Sache, sei es durch Erwerb unter Lebenden, sei es durch Erbfall erwirbt; die umgekehrten Fälle sind ausgeschlossen, da der Nießbrauch nicht (dem Eigentümer) übertragbar und nicht vererbbar ist. Ein Erlöschen des Nießbrauchs an einem Grundstück tritt durch das Zusammenfallen von Eigentum und Nießbrauch in einer Person nicht ein (§ 889). Die Ausübung des Nießbrauchs bleibt dem dazu Berechtigten also in diesem Fall erhalten. Schließlich ist noch als bedeutsamer Beendigungsgrund für den Nießbrauch der Verzicht zu nennen (7). Hierbei taucht die Frage auf, ob der Nießbraucher durch Verzicht auf den Nießbrauch den Ausübungsberechtigten um sein Recht bringen kann, was für die Rechtsstellung desselben geradezu entscheidend ist, da er insoweit dauernd vom Nießbraucher abhängig wäre. Die Beantwortung der vorgelegten Frage ist nach allem, was bereits über das Wesen des Ausübungsrechtes gesagt ist, nicht mehr schwer, wenn der Ausübungsberechtigte kein Recht am Grundstück oder Nießbrauch hat, sondern, soweit er nicht Einzelbefugnisse des Nießbrauchers erworben hat (8), auf seine obligatorische Ansprüche angewiesen ist, so steht ihm kein Rechtsschutz gegenüber

(6) Anderer Meinung für den einem Hypothekar zur Sicherung gegebenen Nießbrauch: Reinhard JW 1920, 29; schwerlich mit Recht.

(7) Weitere (exceptionelle) Beendigungsgründe sind: Buchversitzung, Enteignung und Zwangsversteigerung, lastenfreier Erwerb seitens eines gutgläubigen Dritten.

(8) die sein Recht jedoch nicht zu einem den Nießbrauch oder das Grundstück belastenden machen.

einem Verzicht des Nießbrauchers zu. Denn ein Recht an einem Grundſtück wie es der zur Unterſuchung ſtehende Grundſtücksnießbrauch iſt, erfordert zu ſeiner Aufhebung grundſätzlich nur die einſeitige empfangsbedürftige Verzichtserklärung des Rechtsinhabers und die Löſchung des Rechtes (§ 875). Damit geht das Recht unter. Nur im Falle, wo das aufzuhebende Recht mit dem Recht eines Dritten belaſtet(9) iſt, tritt zu dieſen Vorausſetzungen als drittes Erfordernis hinzu, daß derjenige, zu deſſen Gunſten die Belaſtung beſteht, ſeine Zuſtimmung zum Verzicht gibt (§ 876). Nur in dieſem Falle iſt ein Verzicht ohne Zuſtimmung unwirkſam. Da nun bei Überlaſſung des Nießbrauchs ein den Nießbrauch belaſtendes Recht nicht begründet wird, ſo unterliegt der Nießbraucher auch nicht den Schranken des § 876, ſondern er bleibt frei befugt, dem Nießbrauch zu entſagen (10), wie der Ausübungsberechtigte keine Möglichkeit hat, ihm dies zu verwehren. Die Ausübung wird durch den Verzicht gegenſtandslos.

Auf die Ausnahme, die § 1056 zu Gunſten des Mieters und Pächters des Grundſtückes macht, iſt bereits hingewieſen worden. Eine Ausdehnung dieſer Vorſchrift auf Fälle wie Verkauf oder Verpachtung der Ausübung in ihrer Geſamtheit ſoll nicht angängig ſein, da § 1056 Ausnahmevorſchrift iſt (11). Befriedigen will dies jedoch nicht. Denn es iſt befremdend, daß der Pächter eines Grundſtückes beſſer geſichert ſein ſoll als derjenige, welcher die Nießbrauchs-

(9) Es muß ein dingliches Recht sein: Kober 876 I, 1 b.

(10) Das Gemeine Recht entschied unter Annahme, daß der Nießbraucher sich durch Überlassung seines ‚Ausübungsrechtes' begeben hätte, folgerichtig dahin, daß er damit auch die Befugnis verloren hätte, über sein Recht, soweit es die Ausübung angeht, zu verfügen. Deshalb wurde dem Verzicht des Nießbrauchers eine rechtszerstörende Wirkung gegenüber dem Ausübenden abgesprochen; vergl. Gruch 24, 119; von alledem kann heutigen Tages nicht mehr die Rede sein; vgl. oben S. 35 f.

(11) Goldmann-Lilienthal SachR § 57 Anm 10 a.E.

ausübung in ihrer Gesamtheit überlassen erhalten hat (12). War letzteres unentgeltlich erfolgt, so ist begreiflich, wenn der Ausübende nicht geschützt bleibt; der unentgeltlich Genießende kann keine derartige Rücksicht beanspruchen, wie § 1056 sie normiert. Aber in den Fällen entgeltlicher Überlassung erscheint ein Schutz als angebracht. Da zwischen der Verpachtung des Grundstücks selbst und der der Nießbrauchsausübung als solcher ein praktischer Unterschied kaum besteht, - man wird beide Fälle oft genug garnicht auseinanderhalten können - so erscheint es angängig, wenigstens auf alle Fälle der Verpachtung also auch auf die, in denen die Ausübung als solche verpachtet wird, § 1056 Anwendung finden zu lassen.

Hatte der Nießbraucher dem Ausübenden - als bestimmte aus dem Nießbrauch entspringende Einzelrechte - Ansprüche auf Mieten übertragen, so verliert der Ausübende diese, soweit sie noch zukünftige Forderungen sind. Denn die Zession einer zukünftigen Forderung ist zwar möglich, bewirkt aber die Übertragung erst in dem Zeitpunkt, in dem die Forderung für den Zedenten zur Entstehung kommt (13). Da letzteres nach dem Verzicht auf Seiten des Nießbrauchers nicht mehr der Fall ist, so kann ein Übergang auf den Ausübenden nicht stattfinden.

So zeigt sich beim Verzicht des Nießbrauchers die Schwäche der Rechtsstellung des Ausübungsberechtigten in hellstem Lichte. Der zur Ausübung Befugte bleibt auf persönliche Ansprüche angewiesen. Diese kann er in erster Linie aus dem der Überlassung zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis herleiten und sich, wofern der Verzicht vom Nießbraucher zu vertreten ist, auf die §§ 276, 325 stützen.

Ob dem Ausübenden auch Ansprüche aus unerlaubter Handlung zuzubilligen sind, kann im einzelnen Fall fraglich sein. Ein Anspruch aus § 823 I wird dann begründet sein, wenn der Ausübende im Besitz des Grundstückes

(12) Predari GBO § 24 Anm. 1.
(13) Enneccerus Schuldverh. § 302 II 2 und Anm. 14.

war und den Beſitz nunmehr auf Grund des Verzichtes verliert. Dabei verſteht ſich von ſelbſt, daß der Nießbraucher nur haftbar iſt, wenn der Verzicht ſich als eine ſchuldhafte, rechtswidrige (14) Handlung ſeitens des Nießbrauchers darſtellt. Schließlich iſt auch ein Anſpruch gegen den Eigentümer (oder andere Perſonen) aus § 826 denkbar. Der Tatbeſtand des § 826 erfordert objektiv ein Verhalten, das gegen die guten Sitten verſtößt und ſubjektiv Vorſatz, der ſich auf den Schaden beziehen muß, nicht aber auf die Sittenwidrigkeit gerichtet zu ſein braucht (15). Sittenwidrig iſt ein Verzicht als ſolcher nicht, wohl aber dann, wenn er in der Abſicht erfolgt, den anderen Teil zu ſchädigen. Das unlautere ſubjektive Zweckmoment ſtempelt das objektive Verhalten zu einem ſolchen, das dem Anſtandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widerſpricht. Liegt es derart auf Seiten des Verzichtenden, ſo ſteht dem Ausübenden der Anſpruch aus § 826 gegen jenen zu. Der Eigentümer wird in einem ſolchen Falle unter Umſtänden gleichfalls verpflichtet. Allerdings dann nicht, wenn der Verzicht vom Nießbraucher unabhängig vom Willen und einer Beteiligung des Eigentümers erfolgt, alſo der Nießbraucher ſein Recht durch Erklärung aufgibt und ſelbſt die Löſchung erwirkt (16). Dabei kann es keinen Unterſchied machen, ob der Eigentümer von der Schädigungsabſicht des Nießbrauchers erfahren hat oder letzterer dem Eigentümer davon Mitteilung gemacht hat. Denn das rein paſſive Verhalten des Eigentümers wäre bei aller Kenntnis der Abſichten des Nießbrauchers nicht als eine ſittenwidrige Handlung zu bezeichnen. Anders aber liegt es, wenn der Eigentümer auf

(14) Hierzu vgl. Wolff SachR § 118 Anm. 4.

(15) Andernfalls würden rein individuelle Anſchauungen von Moral und Sitte über die Anwendbarkeit des § 826 entſcheiden; ſo Oertmann Schuldverh. 826 2b; gleichfalls gegen eine ſubjektive Sittenwidrigkeit Soergel 826 2; Warneyer 826 II.

(16) Durch Verbindung von Antrag auf Löſchung und Löſchungsbewilligung; Kretzſchmar SachR 875 II.

den Nießbraucher einwirkt und ihn zum Verzicht bringt, um den Ausübungsberechtigten zu vertreiben. Dann trifft den Eigentümer selbst der Vorwurf unlauteren Handelns. Ebenso wäre zu entscheiden, wenn vom Eigentümer zwar nicht die Initiative ausgeht, aber er doch in positiver Weise mitwirkt, nachdem er von der Schädigungsabsicht des Nießbrauchers erfahren hatte. Das trifft vor allem dann zu, wenn der Nießbraucher nicht selbst die Löschung betreibt, sondern dem Eigentümer eine Löschungsbewilligung erteilt, auf Grund deren dann dieser, in Kenntnis der Schädigungsabsicht des Nießbrauchers die Löschung erwirkt (§§ 13, 19 GBO).

Auch das Reichsgericht hat wiederholt ausgesprochen, daß ein bewußtes Zusammenwirken zur Schädigung fremder Rechte, sei es auch nur obligatorischer, als sittenwidrig zu bezeichnen ist (17) und Schadensersatzansprüche nach sich zieht (18). Deutlich vertritt diesen Grundsatz das Reichsgericht in der Entscheidung 74, 230: „Hat die Beklagte ihrerseits die Gesinnung und die Beweggründe (nämlich Schädigungsabsicht), ihres Bruders ...., wenn auch nicht gerade geteilt, so doch gekannt und bewußterweise zur Ausführung der geplanten Schädigung mitgewirkt, dann fällt der Vorwurf einer dolosen, der unlautersten Absicht und Triebfeder entsprungenen Handlungsweise auch auf sie."

Einige Unterschiede und Besonderheiten treten dann auf, wenn die Ausübungsbefugnis durch Pfändung (und Überweisung) des Nießbrauchs erlangt war. Sie haben ihren Ursprung in der bereits erwähnten Zulässigkeit des Erlasses und der Eintragung eines Verfügungsverbotes. Diese Maßnahmen vermögen die an sich ungeschützte Stellung des Ausübenden erheblich zu verstärken. Der Kommentar der Reichsgerichtsräte (19) sagt hierzu: Das von dem Pfandgläubiger erworbene Pfandrecht kann durch Verzicht des Nießbrauchers auf den Nießbrauch nicht beseitigt werden (20).

(17) RGZiv 88, 366 (18) RGZiv 90 355 (19) 1059 Anm. 2
(20) a.M Biermann 1059 2 e.

Genauer betrachtet, ergibt ſich folgendes Bild: Iſt ein Verfügungsverbot erlaſſen und eingetragen (21), ſo beſteht keine Möglichkeit mehr, mit Wirkſamkeit gegenüber dem Ausübenden auf den Nießbrauch zu verzichten (§§ 135, 136, 892 I 2). Der Grundbuchrichter darf in einem ſolchen Falle die Löſchung nicht vornehmen. Denn durch eine Löſchung würde dem Rechte desjenigen, der durch die Verfügungsbeſchränkung geſchützt werden ſoll, die Sicherung gegenüber einem gutgläubigen Erwerber entzogen, die ihm durch die Eintragung in Verbindung mit § 892 I 2 gerade verliehen iſt. Iſt nämlich das Recht gelöſcht, dann iſt die Eintragung der Verfügungsbeſchränkung gegenſtandslos (22), und einem gutgläubigen Erwerb des Grundſtücks frei vom Nießbrauch ſteht nichts im Wege. Das gleiche muß dann gelten, wenn die Verfügungsbeſchränkung zwar nicht eingetragen, aber dem Grundbuchrichter bekannt iſt (23).

Iſt das Verfügungsverbot weder eingetragen noch auch dem Grundbuchrichter bekannt, ſo kann eine Löſchung erfolgen. Der Verzicht wäre jedoch, wofern das Verfügungsverbot dem Eigentümer des mit dem Nießbrauch belaſteten Grundſtücks bekannt war, gemäß §§ 135, 136, 829 II I (24), dem Ausübenden gegenüber unwirkſam. Dieſer könnte in der Ausübung des Nießbrauchs fortfahren und jedem Verſuch ſeitens des Eigentümers, ihn unter Berufung auf den Verzicht zu vertreiben, mit der Einwendung begegnen, daß ihm - dem Ausübenden - gegenüber der Nießbraucher noch weiterhin Berechtigter ſei und demnach das Verlangen auf Herausgabe gemäß § 986 unbegründet ſei.

In dieſem Falle fragt es ſich allein, ob der Ausübende noch in der Lage iſt, die Eintragung ſeiner Verfügungsbeſchränkung zu erreichen. Vorausſetzung hierfür wäre, daß

(21) Im Wege der Berichtigung; evtl. 894 BGB
(22) Güthe GBO Vorbem. z 2. Abschnitt Anm. 71.
(23) Eingehend hierzu Güthe a.a.O. Anm. 70.
(24) Planck 1059 3.

zuerst das betroffene Recht des Nießbrauchers wieder eingetragen wäre (§ 40 GBO). Einen Weg zur Erlangung einer Voreintragung, um eine zulässige Berichtigung (25) durchsetzen zu können, gibt das Gesetz in § 895. Danach kann der zur Berichtigung Befugte von dem Nichteingetragenen verlangen, daß dieser seine Eintragung betreibe. Doch diese Möglichkeit ist dem Ausübenden versperrt, denn der Nießbraucher, dessen Eintragung er verlangen müßte, ist im Verhältnis zum Eigentümer nicht mehr Nießbraucher, da sein Verzicht nur relativ zum Ausübenden unwirksam war, und er vermag seine Eintragung nicht mehr durchzusetzen. Weiterhin kann der Ausübende auch nicht den Berichtigungsanspruch des Nießbrauchers, da ein solcher nicht existiert, pfänden und sich der Ausübung nach überweisen lassen (26) - § 14 GBO - eine den § 895 BGB ergänzende Verfahrensvorschrift (27) - würde dem Ausübenden zwar ein Antragsrecht auf Eintragung des ihm gegenüber noch bestehenden Nießbrauchs geben (28) er würde aber mangels der zur Erreichung der Eintragung noch erforderlichen Zustimmung des Eigentümers auf Grund dieses Paragraphen allein zu keinem Erfolg kommen. Da sich der Ausübende an den Nießbraucher also nicht halten kann, so liegt die Frage nahe, ob ihm nicht in einem derartig gelagerten Fall, zur Überwindung der nachteiligen Folgen der relativen Wirksamkeit, selbst ein Anspruch gegen den Eigentümer auf Zustimmung zur Wiedereintragung des Nießbrauchers zu geben wäre. Das würde Erfolg versprechen, denn

(25) Daß der Ausübende an sich Berichtigung nach 894 verlangen kann, ist oben S. 74 f. dargestellt.

(26) Hierzu (Staudinger-) Kober 895 II 1 b; 894 IV c.

(27) Predari GBO § 14 D 5 c.

(28) Sein der Pfändung zu Grunde liegender Titel gegen den Nießbraucher würde mittelbar die Grundlage einer Eintragung bilden; vgl. Güthe GBO § 14 Anm. 20; daß diese Eintragung keine rechtsbegründende Bedeutung hat, ist ohne Einfluß; Güthe a. a. O. Anm. 16.

der Eigentümer würde ſich dem Ausübenden gegenüber nicht auf die Wirkſamkeit des Verzichtes berufen können, weil dem Ausübenden gegenüber der Nießbrauch noch fortbeſteht. - Jedoch iſt dieſe Erweiterung der geſetzlichen Beſtimmungen der §§ 894, 895 BGB nicht vonnöten, da eine andere Möglichkeit exiſtiert, gegenüber dem Eigentümer zum Ziel zu gelangen. Dieſe beſteht in Folgendem: Der Ausübende hätte gegen den Eigentümer Klage auf Feſtſtellung nach § 256 ZPO dahin zu erheben, daß das Grundbuch im Verhältnis zu ihm unrichtig iſt, inſofern als der Nießbrauch ihm gegenüber auf Grund von §§ 135, 136 BGB nicht erloſchen, ſondern noch von Beſtand iſt, dem Nießbraucher zuſteht und als noch beſtehend eingetragen ſein müßte. Auf Grund des rechtskräftigen Urteils und mit Berufung auf § 14 GBO, der ihm ein Antragsrecht gewährt, würde er in der Lage ſein, die Eintragung des Nießbrauchs (29) und bei dieſem die Eintragung der Verfügungsbeſchränkung durchzuſetzen.

Wenn man ſo die Wirkungen überblickt, die der Verzicht des Nießbrauchers auf die Rechtsſtellung des Ausübenden äußert, ſo iſt offenbar, daß derjenige, der auf Grund rechtsgeſchäftlicher Überlaſſung ausübt, in erheblich geringerem Maße geſichert iſt. Ihm bleibt, im Falle des doloſen Verzichtes nur (30) der Weg oft unſicherer Regreßnahme. Dagegen erlangt der Ausübungsberechtigte kraft Pfändung einen, wenn auch unter Umſtänden ſchwierig durchzuſetzenden Schutz (31). Mit dieſer Betrachtung ſei die Frage des Einfluſſes des Verzichts auf die Rechtsſtellung des Ausübenden abgeſchloſſen; die Darſtellung der Rechtsſtellung des Ausübungsberechtigten für den Fall der Überlaſſung eines Nießbrauchs an einem Grundſtück hat damit zugleich ihr Ende gefunden.

(29) So (Staudinger-) Kober 873 B V d und 895 II 1 b; Predari GBO § 14 D 5 c; Achilles-Strecker GBO § 14 Anm. 4; Schilde, Unrichtigkeit des Grundbuchs S. 90; Staffel Sächs Arch 9, 212.

(30) Ausnahmen s. oben S. 87.

(31) Vgl. die Ausführungen bei Nußbaum S. 67.

II. Abſchnitt.

§ 17. Die Rechtsſtellung desjenigen, der zur Ausübung eines Nießbrauchs an beweglichen Sachen berechtigt iſt.

Hinſichtlich der Überlaſſung eines Nießbrauchs an beweglichen Sachen (1) bleibt nachzutragen: Die Grundſätze allgemeiner Natur, die in Obigem behandelt ſind, finden Anwendung. Dabei fallen die im weſentlichen ſchwierigen, mit der Eintragbarkeit zuſammenhängenden Fragen fort. Der Schutz, den § 1036 dem als Mieter oder Pächter eines Grundſtückes Ausübenden gewährt, entfällt desgleichen. Bezüglich der Erlöſchensgründe iſt hervorzuheben, daß bei Erwerb des Eigentums der Sache durch den Nießbraucher der Nießbrauch grundſätzlich erliſcht (§ 1063 I). Zwar macht § 1063 II eine Ausnahme für den Fall, daß der Eigentümer ein rechtliches Intereſſe am Fortbeſtehen hat; davon kann man aber in einem Falle, wo der Nießbraucher (nunmehr Eigentümer) die Ausübung überlaſſen hat, nicht ſprechen (2). Deshalb dürfte dies nicht den Untergang des Nießbrauchs ausſchließen. Aber damit wird doch nicht die Befugnis des Ausübenden beſeitigt. Zwar kann er nicht mehr den Nießbrauch ausüben, da dieſer nicht mehr beſteht, aber in dieſem Falle bewährt ſich gleichſam der perſönliche Charakter ſeines Rechtes. Wie der Nießbraucher vorher zur Überlaſſung des Nießbrauchs verpflichtet war, ſo muß er auch nach Erwerb des Eigentums und Untergang des Nießbrauchs dem Ausübenden geſtatten, die gleiche Ausübung vorzunehmen, wie ſie ein Nießbrauch bieten würde. Im Eigentum hat er praktiſch auch ſämtliche Befugniſſe des Nießbrauchs enthalten,

(1) Ein Fall wäre die Überlaſſung eines Nießbrauchs an einer Gemäldeſammlung durch Vermietung.

(2) Ein Beiſpiel für 1063 II gibt Wolff SachR § 118 II 3.

ſo daß es Treu und Glauben widerſprechen würde, wenn der einſtige Nießbraucher unter Berufung auf den Verluſt des Nießbrauchs durch Erwerb des Eigentums verſuchen wollte, den Ausübenden zu verdrängen.

Andererſeits kann der Ausübende aus dem Erwerbe des Nießbrauchers nicht etwa ein Recht herleiten, daß dieſer ihm nunmehr, da es ihm möglich iſt, einen Nießbrauch an Stelle der Überlaſſung der Ausübung beſtellt.

Der uneigentliche Nießbrauch paßt ſeinem Weſen nach nicht für eine Überlaſſung der Ausübung, da hier der Nießbraucher Eigentümer wird und voll und frei über die Sachen verfügen kann, ſo daß er jedem anderen jede beliebige Rechtsſtellung zu verſchaffen vermag.

III. Abſchnitt.

Die Rechtsſtellung desjenigen, der zur Ausübung eines Nießbrauchs an einer Hypothek berechtigt iſt.

1. Kapitel.

Die Rechtsſtellung im Zuſammenhang mit der Entſtehung des Rechtes.

Unter den vielerlei Fällen, in denen ein Nießbrauch an einem Rechte möglich iſt (Forderung, Wertpapier, Immaterialgüterrecht), iſt ein Fall hervorzuheben, der in ſeiner praktiſchen Bedeutung alle anderen überragt; es iſt der des Nießbrauchs an einer hypothekariſch geſicherten verzinslichen (1) Forderung (2), Dies findet, wie Nußbaum (3) darlegt, ſeine

(1) Ein Nießbrauch an einer unverzinslichen Forderung gewährt dem Nießbraucher keinerlei unmittelbare Nutzung und kommt deshalb für eine Überlassung praktisch überhaupt nicht in Frage. Erst nach der Leistung an den Nießbraucher kann eine Überlassung praktisch werden, wofern die Leistung sich auf eine nicht verbrauchbare Sache richtet; z.B. ein Grundstück.

(2) Womit nicht der Fall zu verwechseln ist, daß einem Hypothekar ein Nießbrauch am Grundstück zur Sicherung seiner Forderung bestellt wird. (3) S. 34 f.

Erklärung darin, daß der Nießbrauch „seiner Natur nach eine dauerhafte und gesicherte Unterlage" fordert. Dahinter treten sämtliche sonst möglichen Arten des Nießbrauchs an einem Rechte bis zur völligen Unscheinbarkeit (Nießbrauch an einem Immaterialgüterrecht!) zurück. Entsprechend ist auch das praktische Vorkommen der Überlassung der Ausübung eines Rechtsnießbrauchs begrenzt; eine Überlassung wird überwiegend nur bei einem Nießbrauch an einer Hypothek auftreten. Und wie bei Untersuchung der Rechtsstellung des Ausübungsberechtigten bei Überlassung eines Sachnießbrauchs der Hauptwert auf eine gründliche Erörterung für den Fall der Überlassung eines Nießbrauchs an einem Grundstücke gelegt wurde, wohinter die übrigen Fälle entsprechend ihrer praktischen Bedeutungslosigkeit zurücktreten mußten, so erscheint es auch hier angebracht, dem Fall der Überlassung eines Hypothekennießbrauchs in Anpassung an die überragende Stellung desselben unter den Fällen des Rechtsnießbrauchs den Vorrang in unserer Untersuchung einzuräumen. Die übrigen Fälle können anschließend nur eine ihrem Range in der Rechtswirklichkeit angemessene Beachtung beanspruchen.

Der Überlassung eines Hypothekennießbrauchs liegt wie der Überlassung eines Grundstücksnießbrauchs ein Vertrag zu Grunde, der meist darin gipfeln wird, daß der Nießbraucher auf einmal eine größere Summe erhalten soll und dafür sich verpflichtet, die Ausübung des Nießbrauchs dauernd oder für bestimmte Zeit zu überlassen. Hierauf sind die Kaufgrundsätze anzuwenden; eine Schenkung ist denkbar (4)

Die Überlassung erfolgt durch die Ermächtigung, die Zinsen einzuziehen, ähnlich wie beim Grundstücksnießbrauch die Überlassung durch Gestattung der Einziehung der Mieten geschieht. Interessant ist die Frage, ob auch hier eine Übertragung von aus dem Nießbrauch entspringenden Einzelrechten möglich ist, insbesondere ob die Rechtsstellung des Ausübungsberechtigten dadurch gestützt werden kann,

(4) Im übrigen vgl. die Ausführungen oben §13 S. 68.

daß ihm vom Nießbraucher der Zinsgenuß zu eigenem Rechte übertragen wird. Diese Frage enthält eine erhebliche Problematik und soll, da sie die Rechtsstellung des Ausübungsberechtigten unmittelbar und bedeutsam betrifft (5), eingehend erörtert werden.

Sicher ist, daß dem Nießbraucher einer verzinslichen Forderung ein Recht auf die Zinsen zusteht (6), das den wesentlichen, wenn auch nicht alleinigen (7), Inhalt des Nießbrauchs ausmacht. Die Frage, ob das Zinsrecht abgetreten werden kann, ist zuerst im allgemeinen Sinne zu lösen. Man hat gegen die Abtretbarkeit eingewandt, daß dem Zinsrecht keine selbständige Existenz zukomme (8), da es akzessorisch an das Hauptrecht geknüpft sei und mit diesem stehe und falle. Rechtlich zufällig sei allein, jemandem eindingliches Recht an einer Forderung einzuräumen, vermöge dessen er befugt ist, die Zinsen zu ziehen (Nießbrauch). Auch dann sei das Zinsrecht nicht von der Forderung getrennt, sondern stehe dem Berechtigten zu in Ausfluß seines dinglichen Rechtes an der Forderung. Diese Auffassung würde unbedingt zu einer Verneinung der Abtretbarkeit des Zinsrechtes des Nießbrauchers kommen müssen. Denn der einzige Weg wäre danach die Bestellung eines Nießbrauchs, was an einem Nießbrauch nicht möglich ist. Die Auffassung von der Unübertragbarkeit des Zinsrechtes ist jedoch nicht zu halten. Das Kammergericht selbst, das obige Gründe vorgebracht hat, ist von seiner Meinung abgekommen (9). Die Annahme, daß das Zinsrecht in seinem Bestande von der Existenz der Kapitalforderung abhängt, ist allerdings richtig; das folgt aus

(5) Die bloße Ermächtigung zur Einziehung würde nicht ausschließen, daß Gläubiger des Nießbrauchers die Zinsen für sich in Anspruch nehmen könnten. Wäre dagegen eine Übertragung des Zinsrechtes möglich, so könnte der Ausübungsberechtigte sich behaupten; 771 ZPO.

(6) Vgl. Wolff SachR § 121 II u. III; KG in OLGE 12, 286.

(7) §§ 1077-1079. (8) OLGE 12, 130.

(9) OLGE 12, 286; KGJ 40, 275.

dem Weſen des Zinſes. Aber daraus läßt ſich nicht folgern, daß die Abtretung unmöglich iſt. Ausgeſchloſſen iſt allein, dem Zinsrecht eine längere rechtliche Dauer zu geben als der Stammforderung, ſehr wohl möglich aber iſt es, für die Dauer des Beſtandes des Kapitals, alſo ohne völlige inhaltliche Trennung von dieſem, eine Teilung in der Rechtszugehörigkeit vorzunehmen, derart, daß die Hauptforderung bei einer Perſon bleibt, während eine andere Inhaber des Zinsrechtes wird. Das BGB hat die Möglichkeit, daß ein anderer als der Gläubiger der Hauptforderung das Recht auf die Zinſen hat, anerkannt und im § 101 Ziff. 2 vorausgeſetzt. Auch die Tatſache, daß es ſich um zukünftige Forderungen handelt, kann gegen eine Übertragbarkeit nicht ins Feld geführt werden; über die Zuläſſigkeit der Abtretung auch zukünftiger Anſprüche iſt bereits geſprochen worden (10).

Somit iſt mit Recht zur Anerkennung gelangt, daß einer Abtretung eines Zinsgenußrechtes nichts im Wege ſteht (11). Nußbaum bejaht die Abtretbarkeit des Zinsrechtes bei der einfachen verzinslichen Forderung, verneint ſie jedoch bei der hypothekariſch geſicherten (12). So intereſſant die die Bedenken Nußbaums (13) auch ſind, ſie bedürfen an

---

(10) vergl. oben S. 59 f.

(11) RGZiv 74, 81 f., 86, 218. KGJ 40 274, 46, 240, 49, 213 51, 290, 53, 188. RGRäteKomm 1158 Anm. 3; 1069 Anm. 2 (Staudinger-) Kober 1154 I d und dort Zitierte Planck 1158 2. Biermann 1158 7. Turnau Förſter II § 61 A 3. Wolff SachR § 149 Anm. 6. Westreimer JW 1912, 505. Zſchaler LZ 1920, 284

(12) Nießbrauchsrecht S. 46 ff.; beiſtimmend: Kretzſchmar, SächsArch 15, 181

(13) Vorwiegend das Bedenken, das Geſetz habe die Abtretbarkeit nicht ausdrücklich zugelaſſen, was aber für ein Rechtsgeſchäft im Sachenrecht Vorausſetzung ſei, da hier nicht freier Parteiwille entſcheide. Weiterhin das Bedenken, daß aus der Ausſtellung eines Teilbriefes über das Zinsrecht ſich ergäbe, daß der Inhaber des Stammrechtes Zahlung nur verlangen könnte, wenn er auch den Zweigbrief vorlegen kann. Gegen erſteres Bedenken vgl. Turnau-Förſter a.a.O., der mit Recht auf

diesem Orte nicht der Erörterung und Nachprüfung; denn bei der Übertragung des Zinsrechtes seitens eines Nießbrauchers, mag dessen Recht auch an einer Hypothek bestehen, handelt es sich immer nur um das Zinsrecht, das aus dem Nießbrauch entspringt und nicht mehr Zinsrecht der Hypothek ist. Die Gesichtspunkte, die für eine Abtretung des Hypothekenzinsrechtes gelten, können aber für die Übertragung eines im Nießbrauch wurzelnden Zinsrechtes nicht passen, da es sich um zwei grundverschiedene Rechtsinstitute handelt.

Es fragt sich jedoch, ob nicht eine Abtretung des Zinsrechtes seitens des Nießbrauchers einer verzinslichen Forderung dem Grundsatz der Unübertragbarkeit des Nießbrauchs widersprechen würde (§ 1059). Diese Auffassung wird, soweit die Frage überhaupt Beachtung gefunden hat, vertreten. Planck (14) und Oberneck (15) erklären einleutig, daß zwar derjenige, der nur das Zinsgenußrecht einer Forderung ohne Nießbrauch an ihr erworben hätte, in der Lage sei, sein Zinsrecht zu übertragen, daß jedoch diese Möglichkeit entfiele, sowie ihm das Zinsrecht als Nießbraucher zustände, was sich aus den §§ 1059 Satz 1, 1053 Abs. 2 ergäbe. Es ist jedoch geboten, auch für diese Frage die allgemeinen Erkenntnisse darüber, inwieweit die Befugnis des Nießbrauchers nach § 1059 Satz 2 geht, zu Rate zu ziehen. Danach ist die Übertragungsmöglichkeit einzelner bestimmter aus dem Nießbrauch fließender Befugnisse zu bejahen (16). Und diesen Gedanken kann man auch bei der Frage nach der Übertragbarkeit des Zinsgenußrechtes verwerten. Untersucht man das Zinsrecht des Nießbrauchers daraufhin, so erkennt man es als ein durchaus bestimmtes Einzelrecht. Dennoch wird man die Übertragbarkeit nicht ohne Weiteres bejahen können, da

§ 1145 II verweist, wo das Gesetz eine selbständige Eigentümerhypothek wegen vorausbezahlter Zinsen kennt. Gegen letzteres Bedenken überzeugend RGZiv 89, 218 ff.; vgl. endlich dazu Kretzschmar LZ 1915, 113 ff. (115 I). (14) § 1158 I.

(15) Oberneck, Reichsgrundbuchrecht § 135 S. 220.

(16) vergl. hierzu oben S. 59 ff.

wie ſchon oben dargelegt wurde, die Übertragbarkeit einer Einzelbefugnis nur dann angenommen werden darf, wenn dieſe nicht dem Grundgedanken des § 1059 Satz 1 widerſpricht. Dieſer aber liegt, wie gezeigt wurde, darin, daß aus dem Nießbrauchsrecht einem anderen als dem vom Beſteller Beſtimmten nicht Befugniſſe zuſtehen ſollen, die einen den Beſteller einengenden Inhalt haben. Soweit aber ein aus dem Nießbrauch ſich ergebendes Einzelrecht für den Beſteller Vorteile bietet oder wenigſtens neutral iſt, ſteht einer Übertragung eines Einzelrechtes nichts im Wege(17). Betrachtet man unter dieſem Geſichtspunkt das Zinsrecht, ſo erſcheint es als eine Befugnis, aus der dem Beſteller in keiner Weiſe eine Gefahr erwachſen kann, bei der es ihm vielmehr ganz gleichgültig ſein wird, in weſſen Hand ſie ſich befindet. Der Inhaber des Zinsrechtes erlangt keineswegs die Rechtsſtellung eines Nießbrauchers insbeſondere keine von den Befugniſſen, die die Dispoſition des Beſtellers einſchränken. Der Zeſſionar bleibt in ſeinem Rechte fortgeſetzt abhängig von dem Fortbeſtehen der Hauptforderung. Soweit durch den Nießbrauch an einer Forderung dem Nießbraucher Rechte erwachſen, die von weſentlicher Bedeutung für den Beſteller ſind, bleibt alles beim alten. Auf die Hauptforderung, von der die Zinsforderung ſtändig abhängig iſt, hat der Zeſſionar keinen Einfluß. Nach wie vor hat der Beſteller des Nießbrauchs hier allein mit dem von ihm mit dem Nießbrauch Bedachten ein Beſtimmungsrecht, §§ 1078, 1079. Zur Kündigung iſt keine Zuſtimmung des Inhabers des Zinsrechtes erforderlich; alſo beſteht auch nicht die Gefahr, daß der Beſteller von einem anderen als dem Nießbraucher inſoweit abhängig wird. Zur Einziehung des Kapitals bedarf es nicht der Mitwirkung des Zinsrechtsinhabers; auch hier bleibt der Inhaber der Hypothek nach wie vor allein auf den Nießbraucher angewieſen. Er ſteht alſo nach Abtretung des Zinsrechtes genau ſo da wie zuvor; der Einwirkung oder

---

vgl. hierzu oben die Ausführungen Seite 76 ff.

Einſchränkung durch einen anderen als den Nießbraucher wird er dadurch nicht ausgeſetzt. Deshalb iſt unſeres Dafürhaltens ein Grund gegen die Zulaſſung der Abtretung des Zinsrechtes nicht gegeben, vielmehr die Abtretbarkeit zu bejahen unter Betonung, daß damit dem Sinn und Zweck des § 1059 Satz 1 nicht entgegengewirkt wird.

Die Abtretung erfolgt durch vertragliche Vereinbarung; eine beſondere Form iſt nicht geboten, da es ſich um eine ihrem Inhalt nach obligatoriſche Einzelbefugnis handelt, die nach § 393 abzutreten iſt (18).

Die Entſtehung des Ausübungsrechtes bei einem Hypothekennießbrauch durch P f ä n d u n g (19) vollzieht ſich wie die Pfändung eines Nießbrauchs überhaupt, durch Zuſtellung des Pfändungsbeſchluſſes an den Hypothekengläubiger. Das Verfügungsverbot richtet ſich dabei an den Nießbraucher und den Hypothekar als Inhaber des Rechtes, das mit dem Nießbrauch belaſtet iſt.

Nachzutragen iſt allein eine Beſonderheit für den Fall, daß es ſich um eine Briefhypothek als Gegenſtand des gepfändeten Nießbrauchs handelt. Bei einer Briefhypothek ſoll gemäß § 42 I 1 GBO eine Eintragung nur erfolgen, wenn der Brief vorgelegt wird. Der Pfändungspfandgläubiger eines

(18) Anders allerdings bei Abtretung eines Zinsrechtes, das hypothekariſch geſichert iſt. Hier erfordert die notwendige Mitübertragung einer Zinshypothek (1153 II) die für die Hypothek erforderliche Form, alſo: bei der Briefhypothek ſchriftliche Abtretungserklärung mit Übergabe des Briefes, wobei es notwendig zur Bildung eines Zweigbriefes kommen wird (1152); bei der Buchhypothek Einigung und Eintragung (1154, 873); vgl. hierzu Westheimer JW 1912, 506.

(19) Wie die Praxis bei einem Grundſtücksnießbrauch ſtatt Pfändung des Rechts der Ausübung nach es vorzieht, die einzelnen (Miets-) Anſprüche des Nießbrauchers zu pfänden, ſo gibt ſie bei dem Hypothekennießbrauch einer Pfändung des Zinsrechtes den Vorzug gegenüber einer Pfändung des Nießbrauchs der Ausübung nach gemäß 857 III ZPO.

Nießbrauchs an einer Briefhypothek könnte alſo die Eintragung des zu ſeinen Gunſten ergangenen Verfügungsverbotes, deſſen Eintragung an ſich ſtatthaft iſt (20), nur erreichen, wenn er den Brief vorweiſt. Deshalb muß, um ihm die Möglichkeit zu geben, die zuläſſige Eintragung zu erreichen, ein Anſpruch zugeſprochen werden auf Herausgabe des Briefes behufs Vorlegung beim Grundbuchamt zur Eintragung des Verfügungsverbotes (21).

2. Kapitel.

§ 19. Befugniſſe und Pflichten. Beendigung des Ausübungsrechtes.

Die Befugniſſe desjenigen, der zur Ausübung eines Nießbrauchs an einer Hypothek befugt, erſchöpft ſich in ſeinem Recht, die Zinſen zu erheben, ſei es als vom Nießbraucher Ermächtigter, ſei es als unmittelbar Eigenberechtigter auf Grund einer Abtretung. War dem Ausübenden das Zinsrecht übertragen, ſo hat er hinſichtlich der Zinſen eine relativ unabhängige Stellung. Gegenüber dem Zugriff eines Gläubigers des Nießbrauchers oder Hypothekars kann er Widerſpruch erheben. Aber auch gegenüber dem Nießbraucher ſelbſt iſt er weſentlich geſicherter (1), als wenn er nur zur Einziehung ermächtigt wäre. Denn dem Nießbraucher iſt mit Übertragung des Zinsrechtes jeder unmittelbare Einfluß darauf verloren gegangen und er vermag hierüber nicht mehr Verfügungen zu treffen. Ein Erlaß oder eine Herabſetzung des Zinsfußes wären dem Nießbraucher nicht mehr möglich. Dagegen vermag der Ausübende ſeinerſeits derartige Verfügungen zu treffen. Darin liegt auch keine Gefahr. Denn ein Erlaß der Zinſen durch den Ausübenden kann nur ſoweit

(20) So RGZiv 74, 85; vgl. 72 ff. (21) Predari § 42 2.

(1) Soweit ihm nur Zinsraten übertragen sind, gilt für diese das Gleiche.

wirken, wie ihm die Ausübung zuſteht (2), und das Zinsrecht übertragen iſt. Nicht gezogene Zinſen muß er ſich anrechnen laſſen, falls das Kaufalverhältnis dies beſtimmt alſo bei einer Überlaſſung zur Befriedigung für eine Forderung.

Sein Recht erliſcht, wenn der im Vertrage vorgeſehene Beendigungsgrund oder Zeitpunkt eingetreten iſt; außerdem mit Untergang des Nießbrauchs. Dieſer findet ſein Ende, wenn die Hauptforderung, der Gegenſtand des Nießbrauchs zu beſtehen aufhört. Hierfür kommt in erſter Linie eine Befriedigung des Hypothekengläubigers in Betracht, durch die die Forderung untergeht (3). Zu beachten iſt dabei, daß der Ausübungsberechtigte inſofern vom Gläubiger und Nießbraucher abhängt, denn nur beiden gemeinſam ſteht eine Verfügungsbefugnis über die Forderung zu (§ 1077). Im übrigen bringen auch die ſonſtigen Nießbrauchserlöſchensgründe das Ausübungsrecht zum Untergang. Insbeſondere iſt der Nießbraucher in der Lage, durch Verzicht, der bei einem Nießbrauch an einem Recht gemäß §§ 1072, 1064 ohne Löſchung durch bloße Aufgabeerklärung erfolgt, den Ausübenden um ſein Recht zu bringen. Im Falle, wo die Ausübung auf einer Pfändung beruht, ergibt ſich die gleiche Sachlage, wie bei Verzicht eines Grundſtücksnießbrauchers auf ſein Recht, nachdem ihm dieſes der Ausübung nach gepfändet war (4).

IV. Abſchnitt.

§ 20. Die Rechtsſtellung desjenigen, der zur Ausübung eines Nießbrauchs an ſonſtigen Rechten oder an einem Vermögen berechtigt iſt.

Es bleiben noch die unbedeutendn Fälle zu erörtern, in denen ein Nießbrauch an einem anderen Recht als einer (hypothekariſch geſicherten) Forderung überlaſſen wird. Die

(2) Nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet.
(3) Beispiel: Der Eigentümer, der zugleich Schuldner ist, zahlt die Forderung aus. (4) vgl. oben S 90 f.

Überlaſſung hat auch hier ein obligatoriſches Geſchäft zur Grundlage. Sie erfolgt durch Ermächtigung, die aus dem Nießbrauch am Recht ſich ergebenden Befugniſſe geltend zu machen, wozu die Übergabe derjenigen Papiere treten muß, die jeweils zur Ermöglichung der Ausübung benötigt werden (1).

Der Inhalt des Ausübungsrechtes richtet ſich nach dem Inhalt des Nießbrauchs, der ſeinerſeits von dem belaſteten Recht abhängt. Die denkbaren Fälle der Überlaſſung der Ausübung eines Rechtsnießbrauchs ſind theoretiſch ſo zahlreich wie die Möglichkeiten, in denen ein Nießbrauch beſtellt werden kann (2). Dahin gehören: Nießbrauch an Leibrente, Reallaſt, Rentenſchuld, Bergwerkseigentum, immateriellen Güterrechten, Mitgliedſchaftsrechten, Wertpapierrechten (3).

Wie der Nießbrauch ein Recht auf die Nutzung des dem Nießbrauch jeweils unterworfenen Rechtes gewährt, ſo iſt der Ausüber dem Nießbraucher gegenüber zur Einziehung derſelben befugt. Bei einer verzinslichen Forderung waren es die Zinſen, bei einer Reallaſt, Leibrente, Rentenſchuld ſind es die einzelnen hieraus entſpringenden Leiſtungen, bei Wertpapieren die Zinſen und Gewinnanteile.

Eine beſondere Beachtung verdient der Fall der Überlaſſung des Nießbrauchs an einer Aktie. Schon die Stellung des Inhabers eines Nießbrauchs an einer Aktie (4) iſt überaus ſchwierig und beſtritten. Zwei Fragen ſtehen dabei im Mittelpunkt des Intereſſes: Inwieweit kann der Nießbraucher das Stimmrecht ausüben? Steht ihm das mit der Aktie verbundene Bezugsrecht auf Übernahme neuer Aktien

(1) Beispiel: Coupons bei Wertpapieren zur Einziehung der Zinsen und Gewinnanteile.

(2) Praktisch kommt der Nießbrauch an Rechten nur als Teil eines Vermögensnießbrauchs vor; Wolff SachR § 120 I.

(3) Soweit Papiere zu den verbrauchbaren Sachen gehören (Banknoten), gilt gemäß 1084 1067. Der Nießbraucher wird Eigentümer und kann frei verfügen, womit die Möglichkeit entsteht, jedem die Wertpapiere voll zu übertragen und eine Überlassung der Ausübung bedeutungslos wird. /wichtig.

(4) Der RGRäte Komm 1068 A. 3 bezeichnet ihn als praktisch sehr

zu? Beides wird zuerſt für den Nießbraucher beantwortet ſein müſſen, ehe in Erwägung gezogen werden kann, ob und inwieweit der Nießbraucher wiederum Befugniſſe an den Ausübungsberechtigten abzugeben vermag.

Es wird vielfach verneint, daß dem Nießbraucher überhaupt ein Stimmrecht zuſteht (5), mit der Begründung, daß die Ausübung des Stimmrechts weder Nutzungs- noch Verwaltungsakt ſei. Man wird jedoch richtiger zu unterſcheiden haben, welche Fragen bei Abgabe des Stimmrechtes im einzelnen Fall ihre Regelung finden ſollen. Sind es Angelegenheiten, die das Nutzungsrecht betreffen, ſo iſt es angebracht, dem zur Nutzung befugten Nießbraucher auch das Stimmrecht einzuräumen. So weit es ſich jedoch um grundlegende Änderungen handelt, die in die Intereſſen des Eigentümers eingreifen, muß dieſem das Stimmrecht erhalten bleiben. Entſtehen Zweifel ob das eine oder andere vorliegt, iſt dem Eigentümer die Ausübung vorbehalten (6).

Für die Überlaſſung der Ausübung des Nießbrauchs kommen demnach nur noch die Fälle in Betracht, wo die Abgabe des Stimmrechts in Hinblick auf eine Regelung der Nutzungsbefugniſſe erfolgt, da nur inſoweit dem Nießbraucher ein Stimmrecht zuſteht. Eine Überlaſſung erfolgt derart, daß der Nießbraucher auf Grund einer Verpflichtung das Stimmrecht nach Weiſung des Ausübungsberechtigten geltend macht; eine Geltendmachung ſeitens des Ausübenden ſelbſt erſcheint ebenfalls angängig.

Ob dem Nießbraucher ein Aktienbezugsrecht zuſteht, iſt, wie die Frage, ob er ein Simmrecht hat, ſehr umſtritten. Man wird es nach richtiger Meinung dem Nießbraucher nicht zuſprechen können, denn es handelt ſich bei neuen Aktien nicht um Früchte der Mitgliedſchaft ſondern um einen ſelbſtändigen Erwerb, der einer Vermehrung des Stammwertes

(5) Dernburg SachR § 194 Ziff. 4; Goldmann-Liliental § 66 A. 21; Kretzschmar SachR 1083 1a; Staub-Pinner 252 A. 6; Lehmann Handelsrecht II. S. 66.

(6) (Staudinger-)Kober 1081 1a; RGRäteKomm 1068 Anm. 3.

dienen ſoll (7). Danach kann Mangels eines Rechtes ſchon auf Seiten des Nießbrauchers von einer Überlaſſung nicht die Rede ſein.

Die Pflichten des Ausübenden ſind im weſentlichen die gleichen, wie ſie beim Sachnießbrauch gezeigt wurden. Der Ausübende iſt verpflichtet, ſich gegenüber dem Nießbraucher ſo zu verhalten, wie der Nießbraucher gegenüber dem Eigentümer. Der Nießbraucher ſteht für den Ausübenden ein, muß evtl. für deſſen unſachgemäßes Verhalten dem Eigentümer Erſatz leiſten. Der Ausübende iſt zum Erſatz des dem Nießbraucher hieraus entſtehenden Schadens aus dem Kauſalverhältnis verpflichtet.

Das Erlöſchen des Ausübungsrechtes richtet ſich nach dem Vertrage zwiſchen Nießbraucher und Ausübenden jedenfalls wird es durch Untergang des Nießbrauchs bewirkt. Dieſer wiederum iſt in ſeiner Exiſtenz, abgeſehen von den gewöhnlichen Erlöſchensgründen, abhängig von der Dauer des belaſteten Rechts. Auf deſſen Aufhebung durch Rechtsgeſchäft hat wohl der Nießbraucher einen Einfluß (§ 1071), nicht jedoch der Ausübende, der ſomit, wie regelmäßig, vom Nießbraucher abhängig iſt. Das ſind die gleichen Grundſätze, wie ſie bei Überlaſſung eines Hypothekennießbrauchs beſtehen.

Die Überlaſſung der Ausübung eines Nießbrauchs an einem Vermögen bietet keine neuen Schwierigkeiten. Denn der Nießbrauch an einem Vermögen (8) iſt nichts als eine Summe von Nießbrauchsrechten an einzelnen Gegenſtänden, die aus einem beſtimmten Vermögen herſtammen. Das Grundgeſchäft, in Verfolg deſſen die Überlaſſung geſchieht, kann ſich auf ſämtliche Einzelnießbräuche beziehen, muß jedoch die dem Ausübenden zu übertragenden Einzelbefugniſſe für jeden Fall beſonders regeln; alſo bei Überlaſſung eines Grundſtücksnießbrauchs die Verpflichtung zur Übertragung von Mietszinſen,

(7) So (Staudinger)-Kober 1081, 1082 6; RGRäteKomm 1068 Anm. 3; Staub-Könige 282 Anm. 11; Herold Gruch 67, 385; anderer Meinung Planck 1081 2; Th. Wolff LZ 1921, 697, 729.

(8) Praktisches Vorkommen: Als vermachter Nießbrauch an einem Nachlaß.

bei Überlaſſung eines Forderungsnießbrauchs die Verpflichtung zur Abtretung des Zinsrechtes. Die Überlaſſung (Erfüllung dieſes Grundgeſchäfts) regelt ſich dann für jeden Nießbrauch beſonders. Der Grundſtücksnießbrauch, der Nießbrauch an einem Recht werden jeder für ſich nach den für ſie aufgeſtellten Regeln überlaſſen und die betreffenden Einzelbefugniſſe, die nach dem Kaufgeſchäft übergehen ſollen, werden beſonders abgetreten.

Die Rechte des Ausübenden unterliegen für jeden ihm überlaſſenen Nießbrauch den für die Überlaſſung gerade dieſes Nießbrauchs geltenden Grundſätzen, die im einzelnen bereits ihre Darſtellung gefunden haben.

§ 21. Schlußbetrachtung.

Die Erörterung des geltenden Rechts hat damit ihren Endpunkt erreicht und wie wir hoffen, die bedeutſamen Rechtsfragen, die nach bürgerlichem Recht für die Rechtsſtellung des Ausübungsberechtigten von Einfluß ſind, berührt. Überblickt man das Ergebnis zu dem das geltende Recht führt, ſo will es wenig befriedigen. Die grundſätzlich abhängige Rechtsſtellung des Ausübungsberechtigten vom Nießbraucher, die verwickelte, unſichere Rechtslage, die durch eine Überlaſſung der Nießbrauchsausübung geſchaffen wird, fordern die Kritik heraus. Es iſt durchaus verſtändlich, wenn bei den allgemein empfundenen Schwächen der Regelung des Geſetzes im § 1059 BGB das Verlangen nach einer Neugeſtaltung wach bleibt. In einem Gegenentwurf zu den §§ 1030 bis 1089 BGB nebſt Erläuterungen hat Nußbaum mit glücklicher Hand dem § 1059 folgenden Beſtimmung gegenüber geſtellt(1): „Die Übertragung des Nießbrauchs kann durch letztwillige Verfügung oder Vertrag ausgeſchloſſen werden." Es iſt bei der Rolle, die der Nießbrauch in unſerer Zeit ſpielt(2), angemeſſen, die Übertragbarkeit zur Regel zu machen und es den Parteien zu überlaſſen, ausnahmsweiſe die Übertragung auszuſchließen. Damit werden die Mängel, die § 1059 nach ſich zieht, behoben (3). Was von Blume(4) für die Zeit des römiſchen Rechts ausſprach, hat in der Gegenwart ſeine Bedeutung gewonnen: „Die Entwicklung ſteuert unaufhaltſam auf die Zulaſſung der Übertragung des Nießbrauchs los."

(1) Nießbrauchsrecht S. 93 art. 15. (2) Sicherungsnießbrauch: vgl. o. S. 26
(3) Vergl. noch Nußbaum S. 98 f. (4) Jherings J 34, 281.

LEBENSLAUF.

Am 9. Auguſt 1903 wurde ich als Sohn des Marineoffiziers Curt Dreyer in Kiel geboren. Im Frühjahr 1922 beſtand ich die Reifeprüfung am Reform-Realgymnaſium II in Berlin-Wilmersdorf. Vom S.S. 1922 bis S.S. 1926 ſtudierte ich an der Univerſität Berlin Rechts- und Staatswiſſenſchaften. Am 29. November 1926 beſtand ich am Kammergericht zu Berlin das Referendarexamen. Zur Zeit bin ich beim Landgericht II in Berlin als Referendar tätig.